

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGDIR
MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

ALLAN DIAS LACERDA

**A FORÇA NORMATIVA DA SÚMULA VINCULANTE NO
PROCESSO DECISÓRIO DO JUIZ**

**VITÓRIA
2011**

ALLAN DIAS LACERDA

**A FORÇA NORMATIVA DA SÚMULA VINCULANTE NO
PROCESSO DECISÓRIO DO JUIZ**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil.

Orientador: Professor Doutor Angel Rafael Mariño Castellanos.

VITÓRIA

2011

ALLAN DIAS LACERDA

A FORÇA NORMATIVA DA SÚMULA VINCULANTE NO PROCESSO DECISÓRIO DO JUIZ

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil.

Aprovado em: _____ de _____ de 2011.

Comissão Examinadora

Professor Doutor Angel Rafael Mariño Castellanos

Professor Doutor Tárek Moysés Moussalém (membro interno)

Professor Doutor Geovany Cardoso Jevuax (membro interno)

Professor Doutor Pablo Jimenez Serrano (membro externo)

VITÓRIA

2011

FICHA CATALOGRÁFICA

FICHA CATALOGRÁFICA

Lacerda, Allan Dias

A força normativa da súmula vinculante no processo decisório do juiz. Vitória, 2011. 170 p.

Orientador: Angel Rafael Mariño Castellanos.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) - Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas – Programa de Pós-Graduação *strictu sensu* em Direito Processual Civil (PPGDIR/UFES), 2011.

1. Súmula vinculante. 2. A força normativa da súmula vinculante. Universidade Federal do Espírito Santo – Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil.

À minha família, que sempre esteve ao meu lado e me apoiou em todos os momentos.

“Se os hábitos resumem a experiência passada de povos e de homens, dando-lhes unidade, os ideais orientam sua experiência e marcam seu provável destino. Os idealistas e os rotineiros são fatores igualmente indispensáveis, ainda que uns desconfiem dos outros. Complementam-se na evolução social, mesmo que se observem com obliquidade. Se os primeiros fazem mais pelo porvir, os segundos interpretam melhor o passado. A evolução equilibrada de uma sociedade depende, de um lado, da incessante busca pela perfeição; de outro, da contenção dos excessos desta mesma busca, obtida pelo estabelecimento de firmes tradições”.

José Ingenieros

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, que iluminou o meu caminho e me permitiu vencer mais essa etapa da minha vida;

à minha mãe, Maria Consuelo Dias Lacerda, que sempre esteve ao meu lado, tendo sempre uma palavra de conforto nos momentos difíceis;

ao meu pai, Dalzo Lacerda Filho, e meus irmãos, Aloyr Dias Lacerda e Aline Dias Lacerda, que também sempre me apoiaram e foram fundamentais para o sucesso dessa caminhada;

ao professor Angel Rafael Mariño Castellanos, que me orientou brilhantemente, permitindo-me visualizar novos horizontes além daqueles fixados pela doutrina tradicional;

aos professores Tárek Moussalém e Geovany Jevaux pelas preciosas observações, que contribuíram significativamente para a resolução deste trabalho;

aos demais professores de Direito do Mestrado da Universidade Federal do Espírito Santo;

aos amigos pelo incentivo e apoio constantes.

RESUMO

A presente dissertação trata da postura do magistrado perante a súmula vinculante, definindo como deve agir o magistrado diante de uma eventual contradição entre o enunciado sumular e outros diplomas normativos. Para isso, faz-se uma análise da norma jurídica, estudando-se o seu significado, e suas condições de existência, validade, vigência e eficácia. Investiga o conceito de ordenamento jurídico, a sua unidade e sua estrutura hierarquizada, que exige uma consistência dos seus elementos para conseguir funcionar de forma adequada. Aborda ainda o tema envolvendo o Supremo Tribunal Federal, esclarecendo que ele deve ser encarado como uma Corte Constitucional na sociedade contemporânea. Examina, ademais, do conceito de súmula vinculante e da sua natureza jurídica, defendendo que ela é uma norma jurídica interpretativa e discutindo o seu processo histórico, além dos seus principais objetivos, entre os quais podem ser citados a segurança jurídica e a celeridade processual. Analisa os dispositivos que tratam da súmula vinculante, previstos no artigo 103-A da Constituição e a lei 11471/2007, especialmente aqueles que estabelecem os seus requisitos e o seu âmbito de aplicação. Sustenta que o magistrado mantém intactos seus poderes hermenêuticos diante da súmula vinculante. Ao final, trata do tempo relativo entre a súmula vinculante e outras normas do ordenamento, afirmando qual deve ser a postura do magistrado em cada situação.

Palavras chaves: Súmula vinculante - norma jurídica – interpretação – jurisprudência – ordenamento jurídico – hierarquia – poderes hermenêuticos – magistrado.

ABSTRACT

This dissertation deals with the attitude of the magistrate before the binding judicial precedent¹, showing how the magistrate must act before a possible contradiction between the binding judicial precedent and other normative acts. To do this, makesis an analysis of the legal rule, studying its meaning, and their conditions of existence, validity, in force and effectiveness. Investigates the concept of legal system, its unity and its hierarchical structure, which requires a consistency of its elements to get working properly. Also addresses the issue involving the Supreme Court, stating that it should be seen as a Constitutional Court in contemporary society. It shall, moreover, the concept of binding judicial precedent and its legal status, saying that it is an interpretive rule of law and discussing its history, beyond its main objectives, among which may be cited as legal certainty and speedy trial. Analyzes the provision dealing the binding judicial precedent laid down in Article 103-A of the Constitution and the law 11471/2007, especially those that set their requirements and their scope. It argues that the magistrate keeps intact his hermeneutic powers before the binding judicial precedent. In the end, deals with the conflict between the binding judicial precedent and other rules in the system, saying what should be the attitude of judges in each situation.

Keywords: binding judicial precedent - rule of law - interpretation - case law – legal system - Hierarchy - hermeneutic powers - magistrate.

¹ Tradução retirada da seguinte obra MELLO, Maria Chaves de. **Dicionário jurídico português-inglês – inglês-português**. 9ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 502. Apesar disso, reconhece-se que não há uma tradução perfeita para o termo, até porque o *binding precedent*, embora semelhante não se identifica totalmente com a súmula vinculante.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 O ESTUDO DA NORMA E DO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	15
2.1. DA NORMA AO ORDENAMENTO	15
2.2 O CONCEITO DE ORDENAMENTO JURÍDICO.....	17
2.3 ESTUDO DA NORMA JURÍDICA.....	20
2.3.1 Norma jurídica x enunciado.....	29
2.3.2 O processo decisório do juiz: Interpretação e aplicação da norma jurídica.....	31
2.3.2.1 Interpretação.....	31
2.3.2.2 Aplicação	33
2.3.2.3 Aplicação do Direito x Criação do Direito.....	36
2.4 A NORMA JURÍDICA DENTRO DO ORDENAMENTO: UM BREVE ESTUDO ACERCA EXISTÊNCIA; VALIDADE; VIGÊNCIA, EFICÁCIA.....	39
2.4.1 Existência.....	39
2.4.2 Validade.....	40
2.4.3 Vigência.....	41
2.4.4 Eficácia.....	43
2.5 A ESTRUTURA ESCALONADA DO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	44
2.5.1 A unidade do ordenamento jurídico.....	46
2.6 A CONSISTÊNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	52
2.7 A REVOGAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS.....	56
3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SÚMULA VINCULANTE.....	59
3.1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	59
3.1.1 A natureza e missão constitucional do Supremo Tribunal Federal.....	60
3.1.2 Legitimidade.....	62
3.1.3 Limites.....	64
3.2 BREVE HISTÓRICO DA SÚMULA VINCULANTE	65
3.3 CONCEITO DE SÚMULA VINCULANTE	72
3.4 NATUREZA JURÍDICA DA SÚMULA VINCULANTE	75
3.5 O TEXTO DA SÚMULA VINCULANTE	77
3.6 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À SÚMULA VINCULANTE.....	79
3.6.1 Violação à separação dos poderes.....	79
3.6.2 Engessamento da jurisprudência.....	81
3.6.3 Violação à independência do magistrado.....	82
3.6.4 Ofensa ao contraditório e à ampla defesa.....	85
3.7 OBJETIVOS DA SÚMULA VINCULANTE.....	86
3.7.1 Segurança jurídica.....	86
3.7.2 Isonomia.....	87
3.7.3 Celeridade.....	88
3.7.4 Desafogamento dos Tribunais Superiores.....	89
4 O ESTUDO DOS DISPOSITIVOS QUE REGULAMENTAM A SÚMULA VINCULANTE.....	90
4.1 QUÓRUM QUALIFICADO.....	90
4.2 REITERADAS DECISÕES.....	92
4.3 MATÉRIA CONSTITUCIONAL.....	94
4.4 CONTROVÉRSIA ATUAL QUE GERE GRAVE INSEGURANÇA JURÍDICA.....	95
4.5 RELEVANTE MULTIPLICAÇÃO DE PROCESSOS SOBRE IDÊNTICA QUESTÃO	96

4.6 LEGITIMIDADE ATIVA.....	97
4.7 OBJETIVO: VALIDADE, INTERPRETAÇÃO E EFICÁCIA DE NORMAS.....	99
4.8 EFEITO VINCULANTE: MOMENTO E ABRANGÊNCIA.....	101
4.9 CONTRARIEDADE À SÚMULA VINCULANTE.....	103
4.9.1 Natureza jurídica da reclamação.....	104
4.9.2 O iter procedimental da reclamação.....	105
4.9.3 Consequências da decisão de reclamação.....	106
4.9.4 Reclamação constitucional como alternativa processual.....	107
4.10 NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DAS VIAS ADMINISTRATIVAS.....	108
4.11 O PERIGO DO EXCESSO DE RECLAMAÇÕES INVIABILIZAR A SÚMULA VINCULANTE.....	110
4.12 PARTICIPAÇÃO DO PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA.....	111
4.13 MANIFESTAÇÃO DE TERCEIROS NO PROCESSO DE SÚMULA VINCULANTE.....	112
4.14 MODULAÇÃO DOS EFEITOS NA SÚMULA VINCULANTE.....	113
4.15 SUSPENSÃO DOS PROCESSOS.....	115
4.16 RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL PELO DESCUMPRIMENTO DA SÚMULA.....	116
4.16.1 Responsabilização do juiz.....	116
4.16.2 A súmula vinculante e as decisões administrativas.....	116
5 A FORÇA NORMATIVA DA SÚMULA VINCULANTE NO PROCESSO DECISÓRIO DO JUIZ.....	119
5.1 PODERES HERMENÊUTICOS DO JUIZ PERANTE A SÚMULA VINCULANTE.....	119
5.2 A QUESTÃO DA SÚMULA VINCULANTE INVÁLIDA.....	122
5.3 A FORÇA NORMATIVA DA SÚMULA VINCULANTE NO PROCESSO DECISÓRIO DO JUIZ.....	123
5.3.1 Súmula vinculante x Lei.....	124
5.3.2 Súmula vinculante e tratados internacionais.....	128
5.3.3 Súmula vinculante e a coisa julgada.....	135
5.3.4 Súmula vinculante e a possibilidade de ação rescisória.....	139
5.3.5 Súmula vinculante x Medida Provisória.....	143
5.3.6 Súmula vinculante x Decreto.....	146
5.3.7 Súmula vinculante x atos administrativos em geral	148
5.3.8 A hierarquia normativa da Súmula vinculante	149
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	151
REFERÊNCIAS.....	153
ANEXO A – ARTIGO 103 –A DA CONSTITUIÇÃO.....	162
ANEXO B – LEI 11417/2006.....	163
ANEXO C - SÚMULAS VINCULANTES JÁ EDITADAS.....	166

1 INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional 45 de 2004 introduziu no Brasil o instituto da súmula vinculante, previsto no artigo 103-A da Constituição, permitindo ao Supremo Tribunal Federal de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Nessa nova situação, o STF ganhou um papel ainda mais relevante no cenário jurídico brasileiro, já que a leitura da Constituição feita pela Suprema Corte, quando transformada em um enunciado de súmula vinculante, passa a ser a leitura constitucional que obrigatoriamente deve ser adotada.

Com isso, o Brasil, tradicionalmente ligado à tradição da civil *law*², com o primado da lei, encerrou um longo processo de interpenetração entre os modelos da *common law* e da *civil law*, que culminou com a adoção de um modelo misto³, no qual o precedente, especialmente do Supremo Tribunal Federal, deixou de ser relegado, passando a gozar de um prestígio ainda maior.

Portanto, o magistrado deve observar em suas decisões não apenas a lei⁴, mas também a súmula vinculante, que, visando garantir segurança jurídica em matérias acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica, trouxe uma nova realidade ao cenário jurídico brasileiro.

² Pode-se dizer que há muito o Brasil já não adota um modelo puro, tendo a civil *law*, gradativamente perdido força em nosso ordenamento jurídico. Exemplo disso é a adoção do efeito vinculante das decisões de ADC e ADI, demonstrando que a súmula vinculante é apenas mais uma evidência da superação de um modelo puro para a adoção de um modelo misto. Na verdade, a própria idéia de um Tribunal Constitucional, pairando sobre todos os demais, já é uma de abertura da civil *law* e valorização do precedente.

³ Nesse sentido, Hermes Zanetti Jr.: “Isso decorre não mais de meras suposições teóricas, mas do próprio ordenamento positivo. A Constituição estabelece a vinculatividade das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, a lei ordinária determina a possibilidade de julgamento dos recursos conforme a jurisprudência dominante e, mais recentemente, para fechar o círculo virtuoso de recepção constitucional do *stare decisis* em nosso modelo híbrido, o advento das súmulas vinculantes encerra a questão (EC nº 45/2004: art. 103-A, da CF/88)”. ZANETTI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 65.

⁴ O termo lei não está sendo utilizado de forma restrita, englobando apenas as leis ordinárias. Nesse caso, o vocábulo está sendo usado como sinônimo de legislação, incluindo os enunciados normativos, em geral, produzidos pelo Poder Legislativo, ou aqueles que, embora sejam produzidos pelo Poder Executivo, há tempos possuem um poder normativo inquestionável em nosso sistema jurídico (como, por exemplo, o decreto).

Essa valorização do precedente, contudo, não foi acompanhada de uma descrição da força normativa que ele possui, deixando o magistrado numa posição difícil quando a lei e a súmula vinculante trouxerem soluções diferentes para resolver o mesmo problema. Basta imaginar, por exemplo, o caso da súmula vinculante nº 5 (A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição). Se o legislador acrescentasse um novo artigo à lei 9784/99 obrigando a defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar, então, qual deveria ser a postura do julgador?

Por isso, é muito importante o estudo da aplicabilidade da súmula vinculante pelo magistrado, pois ele visa traçar um caminho seguro para que o juiz, mesmo diante de um emaranhado de enunciados, sem uma definição positivada indicando qual deles deve prevalecer, possa tomar uma decisão condizente com o ordenamento jurídico brasileiro.

A presente dissertação procurará tratar justamente da postura do magistrado em relação à súmula vinculante, definindo como ele deve agir diante de uma eventual contradição entre o enunciado sumular e outros diplomas normativos, além de investigar os poderes hermenêuticos do juiz perante essa inovação, que alterou significativamente a realidade processual brasileira, que passou a ter, além da lei, a súmula vinculante como um importante subsídio a ser levado em consideração pelo juiz ao proferir a sua decisão.

Para isso, é fundamental o estudo da Teoria Geral do Direito, rediscutindo algumas premissas básicas, a fim de encontrar a verdadeira natureza da súmula vinculante.

Em virtude disso, a dissertação foi dividida em quatro capítulos. O primeiro será dedicado ao estudo da norma jurídica, enquanto parte do ordenamento jurídico, no qual será feita uma análise acerca do conceito de sistema jurídico, descrevendo o que o caracteriza, diferenciando os conceitos de sistema jurídico e ordenamento jurídico.

Ademais, será investigado o significado de norma jurídica, ainda bastante controvertido e que evoluiu muito ao longo dos anos, analisando-se ainda o processo de interpretação e aplicação, além das condições para a existência, a validade, vigência e eficácia da norma jurídica.

Ainda nesse capítulo, falaremos da unidade do ordenamento e da questão da hierarquia entre normas. Considerando a existência de normas desniveladas no sistema, é de extrema importância entender como funciona o fundamento de validade delas. Por fim, serão tratadas as questões da antinomia e revogação de normas, já que se a súmula vinculante veio justamente para garantir coerência ao sistema jurídico, então é importante o intérprete saiba como agir quando se deparar com normas opostas.

No segundo capítulo, será feito um estudo sobre o Supremo Tribunal Federal, no qual será estudada a sua natureza de guardião da Constituição, pois sendo ele o editor da súmula vinculante, é muito importante conhecer os seus poderes e limites. Após isso, traremos um breve histórico da súmula vinculante, fundamental para demonstrar a origem desse instituto e demonstrar como o ordenamento jurídico brasileiro foi aos poucos sendo preparado para essa mudança, que não ocorreu abruptamente.

Além disso, também trataremos do conceito de súmula vinculante e da sua natureza jurídica. Discutiremos ainda os principais objetivos da súmula vinculantes, refutando alguns argumentos que defendem a sua inconstitucionalidade.

O terceiro capítulo se dedicará aos dispositivos que tratam da súmula vinculante, especialmente aqueles que estabelecem os seus requisitos e o seu âmbito de aplicação. Assim, o texto do artigo 103-A da Constituição e a lei 11471/2007 serão analisados, afinal eles foram os instrumentos que introduziram a súmula vinculante.

No último capítulo, investigaremos os poderes hermenêuticos do juiz perante a súmula vinculante, para refutar a idéia de que o magistrado estaria impedido de interpretar a súmula vinculante, falando, outrossim, do comportamento do juiz no caso de uma súmula vinculante inválida.

Por fim, diante de todos esses subsídios, será possível analisar a força normativa da súmula vinculante no processo decisório do juiz. Nesse ponto, procuraremos estabelecer alguns critérios para a atuação do magistrado quando estiver diante de uma contradição entre a súmula vinculante e outros enunciados normativos do sistema, como a lei; o decreto; o tratado internacional e etc. Também neste capítulo, serão enfrentadas as questões da coisa julgada contrária à súmula vinculante.

2 O ESTUDO DA NORMA E DO ORDENAMENTO JURÍDICO

2.1. DA NORMA AO ORDENAMENTO

Antes de realizar qualquer avaliação acerca da súmula vinculante, especialmente no que diz respeito à sua força normativa, é preciso definir o que se entenderá por norma jurídica no presente trabalho.

O tema é polêmico, até por que a doutrina está longe de chegar a um consenso sobre o assunto. Tudo o que diz respeito à norma jurídica é objeto de controvérsia, sua existência, sua validade, o início de sua vigência; enfim, há correntes diversas com as mais variadas teorias para cada detalhe que envolva a questão.

A primeira observação a ser feita é que a norma jurídica não pode ser estudada isoladamente, mas como parte do ordenamento jurídico. Bobbio é enfático ao afirmar que apenas em uma teoria do ordenamento e não na teoria da norma é que o fenômeno jurídico encontra a sua adequada explicação⁵.

Para comprovar essa tese, o autor revela quatro tentativas fracassadas em caracterizar o Direito a partir de algum elemento da norma jurídica, nas quais ora não se conseguia obter qualquer elemento que a diferenciasse de outra categoria normativa, ora era explicado um fenômeno mais complexo que a simples norma jurídica, consistindo justamente no ordenamento jurídico.

Nessas tentativas, foram utilizados, sobretudo, quatro critérios: o primeiro é o critério formal, definindo o Direito a partir da estrutura das normas. Assim, as normas poderiam ser positivas ou negativas; gerais ou individuais; categóricas ou hipotéticas. Quanto às duas primeiras classificações, elas não diferenciariam a norma jurídica de qualquer outro tipo de normativo; já em relação ao último, o autor defende a existência apenas de normas jurídicas hipotéticas⁶, embora em nenhuma dessas diferenciações haja algo que caracterize a norma jurídica como algo realmente diferente de outras normas⁷.

⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6 ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 28.

⁶ Em sentido contrário, defendendo a existência de normas categóricas ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. **Norma jurídica**. In.: VALDÉS, Ernesto Garzón y LAPORTA, Francisco J. (comps.). **El derecho y la justicia**. 2ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 138.

⁷ BOBBIO, *loc. cit.* p. 23-24.

O segundo critério é o material, donde se poderia extrair o conteúdo das normas jurídicas, isto é, das ações reguladas. Estas significam basicamente as ações possíveis, ou seja, o Direito não deve se preocupar nem com as ações impossíveis, tampouco com as necessárias (respiração do ser humano, por exemplo). A doutrina, nesse ponto, costuma dividir esses comportamentos em ações internas e ações externas. Tal critério, no entanto, é incapaz de distinguir normas de Direito e normas de costume, visto que ambas são externas⁸.

O terceiro é o critério do sujeito que põe a norma, referindo-se ao poder soberano, isto é, aquele acima do qual nada existe, possuindo o monopólio da força em determinada sociedade. O poder soberano refere-se ao conjunto de órgãos por meio dos quais um ordenamento normativo é posto, conservado e se faz aplicar. A definição desses órgãos é dada apenas pelo ordenamento jurídico. Sendo assim, ordenamento jurídico e soberania são dois conceitos interdependentes, visto que é o poder soberano quem cria e diz o que é o ordenamento jurídico, que, por sua vez define quem é esse poder soberano. Dessa forma, “dizer que norma jurídica é a emanada do poder soberano equivale a dizer que a norma jurídica é aquela que faz parte de um ordenamento. A soberania caracteriza não uma norma, mas um ordenamento”⁹.

Por fim, o critério do sujeito ao qual a norma é destinada, refere-se ou ao súdito ou ao juiz. No primeiro caso, destaca-se o sentimento interno de obrigatoriedade da norma, como se a sua violação fosse capaz de gerar uma intervenção do Poder Judiciário e, conseqüentemente, a aplicação de uma sanção. Dessa maneira, violar a norma seria o mesmo que acionar todo o aparato organizado do Estado destinado à aplicação de uma sanção, pressupondo, assim, uma complexidade que não se resume a uma simples norma jurídica, mas a um ordenamento jurídico.

Caso a norma seja destinada a um juiz, então a necessidade de um ordenamento se faz ainda mais evidente, já que se não houver um ordenamento é impossível dizer o que é um juiz, quais são seus limites e etc.

Diante dessa impossibilidade de estudar o Direito a partir da norma jurídica, o autor é incisivo ao concluir que

o que comumente chamamos de direito é mais uma característica de certos ordenamentos normativos que de certas normas. Se aceitarmos essa tese, o problema da definição do Direito se torna um problema de definição de um ordenamento normativo e, conseqüentemente, diferenciação entre este tipo de ordenamento

⁸ *ibid.* p. 25.

⁹ *ibid.* p. 26.

normativo e um outro, não o de definição de um tipo de normas. Nesse caso, para definir a norma jurídica bastará dizer que a norma jurídica é aquela que pertence a um ordenamento jurídico, transferindo manifestamente o problema da determinação do significado de “jurídico” da norma para o ordenamento¹⁰.

Uma vez que se tenha deslocado o foco da norma para o ordenamento, é preciso definir o que este significa, sendo tal passo imprescindível para qualquer análise acerca da força normativa da súmula vinculante ou de qualquer outro diploma normativo.

2.2 O CONCEITO DE ORDENAMENTO JURÍDICO

Conforme foi falado, a norma não pode ser entendida como um ente isolado, mas como parte de um ordenamento. Assim, o próprio conceito de ordenamento passa por uma idéia de organização (ordem), sistematização de seus componentes, que devem ser analisados como partes integrantes de um todo e não como elementos desconexos.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. explica com maestria como essa idéia de ordenamento pressupõe necessariamente uma sistematização de seus elementos:

Um ordenamento, em relação ao qual a pertinência de uma norma a ele é importante para identificá-la como norma válida, além de ser um conjunto de elementos normativos (normas) e não-normativos, é também uma estrutura, isto é, um conjunto de regras que determinam as relações entre os elementos. Note bem a diferença: uma sala de aula é um conjunto de elementos, as carteiras, a mesa do professor, o quadro-negro, o giz, o apagador, a porta etc.; todavia, esses elementos, todos juntos, não formam uma sala de aula, pois pode tratar-se de um depósito de escola; é a disposição deles, uns em relação aos outros, que nos permite identificar a sala de aula; essa disposição depende de regras de relacionamento; o conjunto dessas regras e das relações por elas estabelecidas é a estrutura. O conjunto desses elementos é apenas o repertório. Assim, quando dizemos que a sala de aula é um conjunto de relações (estrutura) e de elementos (repertório), nela pensamos como um sistema. O sistema é um complexo que se compõe de uma estrutura e um repertório. Nesse sentido, o ordenamento é sistema¹¹.

Assim, qualquer conclusão que se faça acerca de um sistema passa necessariamente pelos elementos (repertório), que englobam as normas e suas relações (estrutura).

¹⁰ BOBBIO, 1995, p. 28.

¹¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 145.

O vocábulo sistema possui múltiplos significados, porém, não há dúvidas de que ao pensarmos nessa palavra, logo nos vem a idéia de organização, de elementos que possuem uma relação em comum.

Evoluindo no estudo da matéria, é preciso identificar qual a característica básica que faz um sistema ser jurídico, diferenciando-se de outros sistemas normativos, como o da moral, por exemplo.

Kelsen, estudando o assunto, apresentou uma divisão entre sistema estático e dinâmico de normas. De acordo com o autor, no primeiro caso, a validade da norma estaria ligada ao seu conteúdo. Assim, normas como “não debes mentir” seriam deduzidas de uma norma geral que prescreveria o dever de honestidade. Dessa forma, por meio de uma operação intelectual, poder-se-ia deduzir normas particulares a partir de uma norma geral¹².

Em relação ao sistema dinâmico, pode-se dizer que, ao invés de se partir do conteúdo da norma, deduzida por meio de uma operação intelectual, o que se leva em conta é o ato de criação normativa produzido por uma autoridade, cujos poderes são conferidos pelo próprio sistema. Em outras palavras, “as normas de um sistema dinâmico têm de ser criadas através de atos de vontade pelos indivíduos que foram autorizados a criar normas por alguma autoridade superior¹³”. Assim, uma sentença só poderia ser editada pelo juiz em virtude de outra norma, editada por uma autoridade superior que garantiu esse poder ao magistrado (a lei, por exemplo), que, por sua vez, retira o seu fundamento de validade em outra norma superior (a Constituição), até se chegar à norma fundamental, que é “a regra básica de acordo com a qual devem ser criadas as regras do sistema¹⁴”.

Dessa forma, enquanto num sistema o enfoque está no conteúdo, no outro o que deve ser levado em consideração é se a autoridade criadora possui poderes (conferidos pelo próprio sistema) para a criação do ato¹⁵.

¹² As palavras do autor são esclarecedoras nesse sentido: “Dentro de uma ordem do primeiro tipo as normas são “válidas”, e isso significa que presumimos que os indivíduos cuja conduta é regulada pelas normas “devem” se conduzir do modo prescrito pelas normas em virtude do conteúdo destas: seu conteúdo tem uma qualidade imediatamente evidente que garante sua validade, ou, em outros termos, as normas são válidas por causa de um atrativo a elas inerentes (...) É essencial apenas que as várias normas de qualquer sistema sejam deduzíveis da norma fundamental, assim como o particular é deduzível do geral, e que, portanto, todas as normas particulares de tal sistema sejam obtíveis por meio de uma operação intelectual, a saber, pela inferência do particular a partir do geral. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed. (trad. Luis Carlos Borges). São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 165.

¹³ *ibid.* p. 165.

¹⁴ *ibid.* p. 165.

¹⁵ Paulo de Barros Carvalho esclarece com maestria essa diferença entre sistemas estático e dinâmico, afirmando que: “Na primeira, as unidades normativas são surpreendidas num determinado instante, como se fossem fotografadas; na segunda, torna-se possível acompanhar o ordenamento e suas constantes mutações, quer no que diz com a criação de regras novas, quer no que atina às transformações internas que o complexo de normas tem

Conclui o autor que o Direito é um sistema dinâmico, já que o importante para analisar a validade de uma norma jurídica é o fato de ela ter sido criada por uma autoridade com poderes para isso, sendo que, esses poderes, só quem pode conferir é uma norma superior do próprio ordenamento¹⁶.

Partindo dessa noção de sistema estático e dinâmico, Alchourrón e Bulygin dizem que se o sistema jurídico é concebido como um conjunto de objetos de certo tipos (conjunto de normas), então, o termo sistema jurídico deve se referir a um ponto temporal determinado, aproximando-se do conceito estático proposto por Kelsen¹⁷.

Não há dúvidas, porém, que esse conjunto de normas não se mantém inalterado indefinidamente, muito pelo contrário, sofre mudanças constantemente, seja com a introdução de novos elementos, seja com a eliminação de outros. Essas alterações criam um novo sistema, que não se confunde mais com o anterior, em virtude da diferença de alguns de seus elementos. Com base nisso, os autores defendem que o ordenamento jurídico não é um conjunto de normas, mas uma seqüência de conjuntos de normas.

Um exemplo ajuda a explicar o assunto: supondo que o legislador realizasse uma alteração no Código de Processo Civil, inserindo alguns artigos referentes a prazos processuais, na verdade, com isso, estar-se-ia criando um novo sistema jurídico, diferente do anterior, embora o ordenamento jurídico permanecesse o mesmo, só que agora com dois sistemas jurídicos.

Assim, a diferença básica entre ordenamento jurídico e sistema jurídico é que este é um conjunto de normas, enquanto aquele é uma seqüência de conjunto de normas¹⁸.

Sendo o ordenamento uma seqüência de conjunto de normas, poderia surgir a questão: quando saberemos se estamos diante de sistemas que fazem parte do mesmo ordenamento ou de ordenamentos distintos? A resposta a esta pergunta está no critério de identificação dos sistemas, que, embora contenham alguns elementos diferentes, devem ter os mesmos critérios de identificação. Mudando tais critérios, então, pode-se dizer que estamos diante de outro ordenamento; caso contrário, o ordenamento é o mesmo. Esses critérios de identificação possuem dois tipos de regras: as regras de introdução, que indicam quando uma norma

idoneidade para produzir". CARVALHO, 1998, p. 48.

¹⁶ Kelsen não deixa dúvidas a esse respeito, quando afirma: "O sistema de normas que chamamos de ordem jurídica é um sistema do tipo dinâmico. As normas jurídicas não são válidas por terem, elas próprias, ou a norma básica, um conteúdo cuja força de obrigatoriedade seja auto-evidente (...) Uma norma é norma jurídica válida em virtude de ter sido criada segundo uma regra definida, e apenas isso". KELSEN, 1998, p. 165.

¹⁷ BULYGIN, Eugenio y MENDONCA, Daniel. **Normas y sistemas normativos**. Madrid: Marcial Pons, 2005, p.45

¹⁸ *ibid.* p.45.

pertence ao sistema e as regras de eliminação, que indicam quando uma norma deixa de pertencer ao sistema¹⁹.

2.3 ESTUDO DA NORMA JURÍDICA

Já falamos acerca do sistema jurídico, entretanto, ainda não esclarecemos o que caracteriza a norma jurídica, de forma a diferenciá-la de outros sistemas normativos, como o da moral, por exemplo.

John Austin, ainda no século XIX, trouxe importantes contribuições para o estudo da matéria. A partir da noção de leis positivas, o referido autor formula uma teoria da norma jurídica baseada nos conceitos de comando, soberano e sanções.

É destacada a figura do soberano (que pode ser monocrático ou um colegiado de pessoas), definido como um ser racional com poderes ilimitados, capaz de submeter um grupo de indivíduos racionais aos seus comandos. Fica clara, então, a idéia de superioridade do soberano, que se corporifica por meio de comandos impostos, que, uma vez descumpridos, geram sanções aos infratores.

Dessa forma, a teoria de Austin prega as normas jurídicas como um conjunto de comandos impostos pelo Estado aos seus súditos, que, se não os obedecerem, sujeitam-se a sanções. Assim, uma mesma norma jurídica possui sempre, além de um segmento prescritivo, uma ordem tácita aos funcionários para a aplicação da sanção em caso de descumprimento da regra.

Nesse ínterim, a sanção serve para dar juridicidade às ordens proferidas pelo soberano, pois é por meio da sanção que se garante a superioridade do responsável por editar as regras sobre os súditos, que terão de respeitar tais comandos, sob pena de sofrerem um dano. Sem isso, não há que se falar em obrigação, afinal as pessoas poderiam escolher obedecer ou não a regra. Com a sanção, não há escolha, ou obedece ou sofre as conseqüências negativas²⁰.

¹⁹ Para mais informações acerca das normas de introdução e de eliminação: ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. **Sobre la existencia de las normas jurídicas**. 1ª. ed. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 1997, p. 65-103.

²⁰ É importante assinalar que em Austin, a sanção tem sempre um caráter negativo, de punição ao infrator de determinada norma jurídica. Isso fica bem claro com a seguinte afirmação: “Quanto maior for o mal eventual e quanto maior for a possibilidade de se incorrer nele, maior será a eficácia do comando, e maior é a força da obrigação; ou (substituindo expressões que são equivalentes), maior é a possibilidade de que o comando seja obedecido, e de que o dever não seja rompido. Mas onde houver a menor possibilidade de incorrer o menor mal, a expressão de um desejo equivale a um comando e, portanto, a um dever” (No original: “The truth is, that the

Dessa forma, Austin destaca que a norma jurídica seria uma regra de caráter prescritivo emitida pelo soberano, sujeitando o súdito a esse comando, sob pena de sanção²¹.

Seguindo a mesma trilha de Austin, Kelsen também defende que as normas jurídicas estariam voltadas para regular a conduta humana²². Segundo o autor, “com o termo ‘norma’ se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem deve se conduzir de determinada maneira²³”. Portanto, por meio de normas jurídicas o Direito diria o que é permitido, proibido e obrigatório em determinada comunidade jurídica.

Além disso, a sanção também ganha destaque na teoria kelseniana, que não admite a existência de uma norma jurídica desprovida de sanção. Dessa forma, ao dizer que o Direito é uma ordem coativa, na verdade, está se afirmando que caso alguém aja de forma diferente ao desejado pela ordem jurídica, então deve sofrer uma sanção, entendida como um mal a ser recebido pelo destinatário, que deve ser punido pela sua conduta considerada indesejada pelo ordenamento²⁴. Assim, o Direito possuiria uma função essencialmente prescritiva, na qual o

magnitude of the eventual evil, and the magnitude of the chance of incurring it, are foreign to the matter in question. The greater the eventual evil, and the greater the chance of incurring it, the greater is the efficacy of the command, and the greater is the strength of the obligation: Or (substituting expressions exactly equivalent), the greater is the chance that the command will be obeyed, and that the duty will not be broken. But where there is the smallest chance of incurring the smallest evil, the expression of a wish amounts to a command, and, therefore, imposes a duty”. AUSTIN, John. **Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law**. 5 ed. revised and edited by Robert Campbell. vol. 1. London: John Murray Albemarle Street, 1911, p. 90.

²¹ Essa construção, equiparando toda norma jurídica à norma de conduta, reconhece que o Direito não é formado exclusivamente por normas de conduta. Em virtude disso, Austin denomina de leis anômalas aquelas que fazem parte do objeto do Direito, mas não possuem um comando imperativo. Elas seriam divididas em três tipos: as leis interpretativas (atos emitidos pelo legislador que servem para explicar o direito positivo, sendo equivalente ao que chamamos de interpretação autêntica); as leis revogadoras e as leis imperfeitas (aquelas que criam obrigações imperfeitas, ou seja, obrigações sem sanções). Assim, as leis anômalas, embora mereçam atenção e estudo por parte do jurista, não poderiam ser consideradas leis propriamente ditas e, consequentemente, não seriam consideradas normas jurídicas, sendo um tipo imperfeito de criação do legislador.

²² Em vários trechos da referida obra essa idéia é deixada clara, como quando o autor afirma: “O que as normas de um ordenamento regulam é sempre a conduta humana, pois apenas a conduta humana é regulável por normas. Os outros fatos que não são conduta humana somente podem constituir conteúdo de normas quando estejam em conexão com uma conduta humana – ou, como já notamos, apenas enquanto condição ou efeito de uma conduta humana”. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. (trad. João Baptista Machado). São Paulo: Martins Fontes, 1998, pág. 16.

²³ *ibid.* pág. 06.

²⁴ Kelsen, diferentemente de Austin, reconhece que nem sempre a sanção representará um mal para o infrator, que pode considerá-la até como algo positivo. Isso, todavia, é um caso excepcional e, em regra, as sanções são recebidas pelo destinatário como um mal: “Dizer-se que, com o ato coativo que funciona como sanção, se aplica um mal ao destinatário, significa que este ato é normalmente recebido pelo destinatário como um mal. Pode excepcionalmente suceder, no entanto, que não seja este o caso. Assim acontece, por exemplo, quando alguém que cometeu um crime deseja, por remorso, sofrer a pena estatuída pela ordem jurídica e sinta esta pena, portanto, como um bem; ou quando alguém comete um delito para sofrer a pena de prisão correspondente, porque a prisão lhe garante teto e alimento”. Também as recompensas previstas pelas ordens jurídicas devem ser consideradas exceções, na opinião do jurista, afinal “não constituem característica comum a todas as ordens sociais a que chamamos Direito nem nota distintiva da função social destas ordens sociais. Desempenham apenas um papel inteiramente subalterno dentre destes sistemas que funcionam como ordens de coação”. KELSEN, 1998b, p. 37.

ordenamento jurídico escolheria algumas condutas como indesejadas para determinada sociedade²⁵, estatuiuindo as sanções para os infratores.

Nesse ponto, vale dizer que uma vez praticada determinada conduta indesejada pelo ordenamento jurídico, o infrator deve sofrer uma sanção e não necessariamente vai sofrer o castigo. Essa é mais uma importante característica da teoria kelseniana da norma, que não admite o princípio da causalidade atuando sobre normas jurídicas, tendo tal princípio seu âmbito de incidência restrito às leis naturais. Assim, por exemplo, quando esquentamos um metal, então ele dilata (Se é A, então é B). O raciocínio utilizado no caso das normas jurídicas é diferente, visto que neste caso se aplica o princípio da imputação, ou seja, ocorrendo um determinado evento, então deve ocorrer uma determinada consequência. Exemplificando: se a pessoa furtar coisa alheia móvel, então deve sofrer a sanção prevista no Código Penal (Se A, então deve ser B). Essa fórmula seria aplicável a todas as normas jurídicas²⁶.

Esse é um dos pontos centrais teoria de Kelsen, pois, a partir disso, é possível analisar a norma não mais sobre um critério de verdade e falsidade, mas de validade e invalidade. Isso significa que a ocorrência fática ou não da sanção em nada interfere na integridade da norma jurídica, pois a sanção descrita pela norma não é algo que vai acontecer, mas algo que deve acontecer. Com isso, Kelsen estabelece a norma como uma prescrição estabelecida que, quando não observada, sujeita a pessoa a uma sanção²⁷.

Daí surge a questão de saber o que faria essa norma ser jurídica? O autor esclarece que subjetivamente não há qualquer diferença entre a ameaça de um bandido e a ordem do Estado, pois ambas exigem uma conduta e ameaçam com um mal (sanção) em caso de descumprimento. A diferença está no sentido objetivo do comando, pois interpretamos o comando do Estado como uma norma válida e não como uma ameaça.

²⁵ Nesse ponto, Kelsen defende que cada governo pode escolher quais condutas são as indesejadas, sendo que todas elas farão parte da ordem jurídica, não importa o quanto possam parecer repugnantes (injustas) à comunidade internacional ou a um observador externo. *ibid.* p. 44.

²⁶ O autor é enfático a esse respeito: “Uma vez que a afirmação de que está em vigor ou tem vigência uma norma que prescreve determinada conduta, a autoriza (para ela confere competência) ou a permite (positivamente) não pode significar que essa conduta efetivamente se realiza; ela apenas pode significar que tal conduta deve realizar-se”. *ibid.* p. 88.

²⁷ Em relação às construções jurídicas que não estabelecem sanção, o autor observa que sendo o Direito uma ordem de coerção, qualquer norma que exija uma conduta sem impor uma sanção, será juridicamente irrelevante. Quanto aos enunciados presentes no sistema que não exigem uma conduta específica, como os que definem um conceito, que derogam outra norma ou que garantem competência à determinada autoridade para produzir normas jurídicas, Kelsen faz uma interessante classificação em normas autônomas e não autônomas: as primeiras seriam as normas de conduta que preveriam uma sanção em caso de descumprimento, sendo autônomas porque possuem uma construção completa (conduta e sanção); já as normas não autônomas seriam aquelas que não possuiriam uma construção completa, pois não preveriam qualquer tipo de sanção em caso de descumprimento. Com isso, estas normas precisariam estar ligadas a outras normas que prevíssem sanção em caso de descumprimento a fim de se garantir juridicidade a esses enunciados.

Isso ocorre em virtude de a norma pertencer a um ordenamento jurídico, que possui determinadas normas que garantem poderes a certos indivíduos para produzirem normas que ditem o comportamento das pessoas, a qual o autor chama de Constituição. Esta por sua vez, retira seu fundamento de validade de uma norma fundamental, que serve de fundamento para todo o ordenamento. Para exercer essa função, a norma fundamental não pode ser posta (não pode exigir qualquer coisa), deve ser pressuposta (se fosse posta teria que buscar seu fundamento de validade em outra norma), servindo unicamente para realizar essa função de “fechamento”, sendo o fundamento de validade para todas as outras normas²⁸.

Outro autor que contribuiu muito para o desenvolvimento do tema foi Herbert Hart, que em sua obra “O Conceito de Direito” tomou um rumo um pouco diferente daquele seguido por Kelsen²⁹ e Austin.

Hart, estudando os textos de Austin, critica duramente esse modelo de ordem jurídica baseada em comandos emitidos por um soberano. Primeiramente porque, mesmo as leis penais, que são as que mais se assemelham a essa estrutura, devem incidir sobre todos os membros da comunidade jurídica, inclusive àqueles que as criam (soberano).

Ademais, há outras variedades de direito (nesse caso pode-se entender normas), como aqueles que conferem poderes jurídicos para julgar ou legislar, que não podem ser equiparados a uma ordem de ameaça³⁰. Além disso, uma ordem jurídica baseada em um soberano ilimitado não

²⁸ Kelsen, 1998b, p. 49/51.

²⁹ Embora as críticas de Hart façam referência direta a Austin, o autor também deixa claro que não concorda com a construção kelseniana de fragmentos de normas, considerada apenas como um expediente utilizado para salvar esse pensamento de direito como um conjunto de comandos emanados pelo soberano. “Outros expedientes, tais como o de tratar as regras que conferem poderes como simples fragmentos de regras que impõem deveres, ou de tratar todas as regras como dirigidas apenas aos funcionários, distorcem os modos por que se fala delas, se pensa nelas e como são efectivamente utilizadas na vida social. Tal não tem mais direito ao nosso assentimento do que a teoria que diz que todas as regras de um jogo são efectivamente directivas para o árbitro ou juiz marcador” HART, H. L. A., (Herbert Lionel Adolphus). **O conceito de direito**. 3 ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 90.

³⁰ Segundo Daniel Mendonça: “Hart insistia que as normas de competência, ou regras de conferem poderes, não são redutíveis ao esquema geral das normas que impõem obrigações ou proibições. Segundo Hart, as normas de competência não exigem determinadas condutas, apenas definem as formas em que se executam atos válidos ou as condições e limites dentro dos quais são válidas as decisões da autoridade. O descumprimento de tais normas não acarreta uma sanção ou castigo, mas a nulidade do ato, posto que sua violação não constitui uma violação ou um delito” (No original: “Hart ha insistido en que las normas de competencia, o reglas que confieren potestades según su terminologia, no son reductibles al esquema general de las normas que imponen obligaciones o prohibiciones. Según Hart, las normas de competencia no exigen determinadas conductas, sino que definen las formas en que se ejecutan actos válidos o las condiciones y los limites dentro de los cuales son válidas las decisiones de autoridad (Hart, 1961, 35 y ss). El incumplimiento de tales normas no acarrea una sanción o castigo, sino la nulidad del acto, puesto que su quebrantamiento no constituye una infracción o un delito”). MENDONÇA, Daniel. **Exploraciones normativas: hacia una teoría general de las normas**. 2ed. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2001, p. 43.

seria capaz de explicar a continuidade da autoridade legislativa, característica do sistema jurídico moderno³¹.

Para explicar sua teoria, então, Hart constrói uma sociedade sem poder legislativo, tribunais ou funcionários de qualquer espécie, sendo, portanto, uma sociedade muito simples, cujo único controle social seria a atitude geral do grupo para com os seus modos-padrão de comportamento, sendo denominado regras de obrigação (regras primárias)³².

Para a sobrevivência de tal sociedade, é preciso que algumas condições sejam respeitadas: essas regras devem de algum modo restringir o uso livre da violência e a maioria das pessoas tem que ser favorável à existência de tais regras.

Tal modelo de organização, que Hart chama de pré-jurídico, só sobreviveria em uma comunidade muito pequena, ligada por laços de parentesco, sentimentos comuns e crenças fixadas num ambiente estável. Sem isso, o modelo seria deficiente, exigindo-se um complemento para evitar o caos nessa sociedade.

Após isso, são feitas as críticas a essa deficiente forma de controle social. Em primeiro lugar, as regras segundo as quais o grupo vive não formariam um sistema, representando apenas um conjunto de padrões separados, sem qualquer identificação ou marca comum, exceto pelo fato de serem normas aceitas por seres humanos (assemelhando-se às regras de etiqueta).

O segundo defeito seria o caráter estático das regras. Isso dificultaria bastante a adaptação da sociedade às novas situações, já que a única maneira de modificação das regras conhecida por tal comunidade seria por meio de um lento processo de crescimento, no qual os tipos de conduta primitivamente pensados como facultativos se tornariam primeiramente habituais ou usuais e, depois, obrigatórios. O processo inverso de enfraquecimento ocorreria quando os desvios, outrora tratados com severidade, seriam primeiro tolerados e depois passariam a ser despercebidos³³.

O terceiro defeito seria a ineficácia da pressão social difusa pela qual se manteriam as regras. As disputas acerca da violação de uma regra provavelmente piorariam nessa sociedade, já que não haveria uma instância especialmente dotada de poder para determinar, de forma definitiva e com autoridade, o fato da violação. Com isso, a tendência seria os próprios ofendidos resolverem suas desavenças, o que poderia gerar respostas desproporcionais e um agravamento da situação.

³¹ HART, 2001, p. 89/91.

³² *ibid.* p. 101

³³ HART, 2001, p. 103

Para resolver o problema Hart ensina o caminho, dizendo que

O remédio para cada um dos três defeitos principais consiste em complementar as regras primárias de obrigação com regras secundárias, as quais são regras de diferentes espécies. A introdução de um corretivo para cada defeito poderia em si ser considerado um passo na passagem do mundo pré-jurídico para o jurídico, uma vez que cada um desses remédios traz consigo muitos elementos que vão permear o direito: os três remédios em conjunto são sem dúvida o bastante para converter o regime de regras primárias naquilo que é indiscutivelmente um sistema jurídico³⁴.

Essas regras secundárias estariam num plano diferente das regras primárias, já que enquanto estas se refeririam às ações dos indivíduos, aquelas especificariam os modos como tais regras primárias poderiam ser criadas, eliminadas ou alteradas. Portanto, as regras secundárias seriam todas relativas (parasitárias) às regras primárias.

Para resolver o problema da incerteza do regime das regras primárias, o autor cria a regra de reconhecimento, cujo objetivo seria proporcionar os critérios para a determinação da validade das outras regras, justificando a aplicação do Direito. Esses critérios para determinar a validade seriam variáveis de acordo com a sociedade, podendo ser, por exemplo, o fato de terem sido promulgados por uma pessoa ou por um colegiado competente. Com isso, as regras primárias não estariam mais “soltas” dentro do ordenamento, devendo ser aplicadas em virtude de estarem de acordo com a regra de reconhecimento. Ao conferir essa marca dotada de autoridade, seria introduzida a idéia de sistema jurídico, afinal as regras deixariam de representar um conjunto discreto e desconexo, estando, ainda que de modo simples, unificadas.

O remédio para a estática do regime de regras primárias consistiria na introdução da chamada regra de alteração. A forma mais simples de tal regra seria a que conferiria poder a um indivíduo ou a um corpo de indivíduos para introduzir novas regras primárias para a conduta da vida do grupo, ou de certa classe dentro dele, e para eliminar as regras antigas³⁵.

O terceiro complemento ao regime simples das regras primárias, destinado a remediar a ineficácia da sua pressão social difusa, consiste em inserir regras secundárias garantindo poder aos indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade respeitantes à questão sobre se, numa ocasião concreta, foi violada uma regra primária. Além disso, também por

³⁴ *ibid.* p. 103

³⁵ HART, 2001, p. 105

meio delas também se identificaria o procedimento a ser seguido para que esses indivíduos tomassem suas decisões. Essas seriam as chamadas regras de julgamento.

Com essa união de normas primárias e secundárias Hart acredita que tenha encontrado a estrutura básica do Direito, capaz de elucidar conceitos jurídicos que até então atormentavam o jurista. As palavras do autor são claras nesse sentido:

Se voltarmos atrás e considerarmos a estrutura que resultou da combinação de regras primárias de obrigação com as regras secundárias de reconhecimento, alteração e julgamento, é evidente que temos aqui não só o coração de um sistema jurídico, mas um instrumento poderosíssimo para análise daquilo que tem intrigado, que o jurista, quer o teórico. Não só os conceitos jurídicos específicos com que o jurista se ocupa profissionalmente, tais como os de obrigação e direitos, validade e fontes do direito, legislação e jurisdição, como também a sanção, são melhor elucidados nos termos desta combinação de elementos³⁶.

Portanto, para Hart a norma jurídica não é apenas aquela que prescreve um comportamento, ameaçando de sanção em caso de descumprimento. Há outros tipos de normas, que possuem uma função diferente na ordem jurídica, como, por exemplo, as regras de julgamento, embora devam estar necessariamente ligadas às normas de conduta³⁷.

Com isso, a sanção já não é mais uma exigência de todas as normas, havendo no ordenamento normas sem sanção, as normas secundárias. O autor é bem claro, explicando que a ordem jurídica obrigatoriamente deve prever normas regulando o comportamento e prevendo sanções, mas que nem todas as normas do ordenamento devem prever uma sanção em caso de descumprimento³⁸.

³⁶ *ibid.* p. 107.

³⁷ Neil MacCormick, interpretando Hart, nos fala do sistema jurídico não mais como comandos, mas como uma simbiose de normas primárias e secundárias: “Na visão de Hart, o aspecto de diferenciação essencial do “Direito” encontra-se, na verdade, na própria idéia de que as leis pertencem a sistemas jurídicos. A qualidade sistêmica do Direito é evidenciada no fato de que as regras primárias de obrigação podem ser e normalmente são suplementadas por “regras secundárias”, que estão logicamente inter-relacionadas com as regras primárias. Dessa forma, estabelece-se uma rede de inter-relações entre as várias regras por meio da qual a totalidade pode ser vista como um único sistema de direito”. MACCORMICK, Neil. **H.L.A Hart**. Trad. Cláudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 141.

³⁸ Hart critica duramente essa pretendida uniformidade das regras jurídicas, afirmando: “Apesar do caráter engenhoso destes artifícios, o modelo de ordens baseadas em ameaças obscurece, no direito, mais do que aquilo que revela; o esforço para reduzir a esta única forma simples a variedade de leis, acaba por lhes impor uma uniformidade espúria. Na verdade, procurar aqui uma uniformidade pode ser um erro porque, como argumentaremos no capítulo V, uma característica distintiva do direito, se não a principal, reside na fusão de tipos diferentes de regras”. HART, 2001, p. 57.

Por fim, vale analisar a teoria de Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin, que, em diversos trabalhos trataram do estudo da norma jurídica, contribuindo substancialmente para o seu desenvolvimento.

Esses autores defendem que norma jurídica se refere basicamente à conduta humana, regulando o que é permitido, proibido ou obrigatório. Reconhecem, contudo, que considerar o Direito como um conjunto de normas, não significa o mesmo que dizer que ele é formado exclusivamente por normas jurídicas. Além das normas, haveria diversos outros tipos de enunciados que, embora não sejam normas, possuem efeitos normativos³⁹. Exemplificam, falando, por exemplo, das disposições derogatórias, que, apesar de não estabelecer nenhuma permissão ou proibição, ainda assim possuem efeitos normativos, pois derogam uma lei, que certamente possuía comandos que detinham uma permissão ou proibição de alguma conduta.

Também criticam a posição de Kelsen, para quem as normas de estrutura seriam não independentes, tendo sua juridicidade dependente da conexão que haja entre elas e outras normas de conduta, que apresentam sanção. Aproximando-se da visão de Hart, defendem que o Direito regula o exercício da força na sociedade, devendo, portanto, conter sanções, isso não significando, todavia, que todas as normas devam conter algum tipo de sanção. Finalizam dizendo que a juridicidade da norma não está ligada ao fato de ela ter ou não sanção, mas por ela pertencer ao ordenamento jurídico. Isso implica definir o Direito a partir do ordenamento jurídico e não das normas⁴⁰.

A partir do estudo feito, observa-se que os autores gradativamente foram abrando o conceito de norma como sinônimo de conduta, o que revela uma evolução no tratamento da matéria. Alchourrón e Bulygin, por exemplo, consideram que os enunciados que não prescrevem conduta possuem efeitos normativos pelo simples fato de pertencer ao ordenamento jurídico, independente de estarem associados a outras normas. Com isso, eles dão um passo importante, já iniciado por Hart com a introdução das regras secundárias, que é a valorização das outras partes que compõem o ordenamento jurídico.

³⁹ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 2000, p. 138.

⁴⁰ Nesse sentido, Alchourrón e Bulygin: “O direito regula o exercício da força na sociedade; portanto, deve conter (ao menos algumas) normas que estabelecem sanções. As demais normas são jurídicas na medida em que pertencem ao sistema jurídico, sejam ou não normas sancionadoras. Isto implica definir o Direito no nível de ordenamento e não no nível de cada uma de suas normas” (No original: “el derecho regula el ejercicio de la fuerza en la sociedad; por lo tanto, debe contener (al menos algunas) normas que establecen sanciones. Las demás normas son jurídicas en la medida en que pertenecen al sistema jurídico, sean o no normas sancionadoras. Esto implica definir el derecho en el nivel del orden jurídico y no en el nivel de cada una de sus normas”). ALCHOURRÓN, Carlos e BULYGIN, Eugenio. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. Buenos Aires: Astrea, 2002. p. 106.

O presente trabalho busca aprofundar ainda mais essa visão e defende que as normas jurídicas são todas as partes que pertencem ao ordenamento jurídico. Com tal definição, espera-se englobar todos os tipos de normas jurídicas, traçando como marco distintivo delas em relação aos outros ordenamentos sociais a sua existência no ordenamento jurídico. Assim, quando falamos em partes que compõem o ordenamento não estamos nos referindo apenas às regras de conduta (aos comandos que proíbem, obrigam ou permitam alguma coisa), mas também aos outros tipos de normas (como as definições, as regras de competência, as derogatórias e etc.).

De acordo com esse novo tratamento que se pretende dar à matéria⁴¹, não se nega que o Direito seja uma ordem coativa, sendo uma ferramenta para a utilização da força pelo Estado, mas não se aceita que todas as suas normas devam ter um formato único (normas prescritivas), nem que todas elas devam ter sanções. É importante que o ordenamento jurídico regule a conduta e que tenha sanções, mas não é necessário que todas as suas partes tenham o mesmo formato. A norma que não preveja sanção não retira sua validade de outra norma, mas do simples fato de pertencer a um ordenamento jurídico, isso já seria motivo suficiente para garantir a sua juridicidade. Dessa forma, não seria preciso embarcar na difícil missão de determinar qual é a norma completa do sistema, visto que todas elas são relevantes e tratadas como normas (partes do ordenamento), embora com missões diferentes⁴² (uma regula uma conduta, outra confere competência a autoridade judicial e outra define o que é empresário).

⁴¹ Nesse sentido, Pablo Navarro: “Este novo enfoque muda drasticamente a discussão acerca das condições de verdade dos enunciados jurídicos, já que a pertença de uma norma a um sistema jurídico se converte no único fato determinante do seu valor de verdade. Em outras palavras: enquanto na concepção tradicional, a força vinculante das normas ocupam um valor central e a pertença ao sistema um valor subordinado, neste novo enfoque a pertença a um sistema jurídico se converte no único valor para determinar o valor da verdade dos enunciados jurídicos. (No original: “Este nuevo enfoque cambia drásticamente la discusión acerca de las condiciones de verdad de los enunciados jurídicos ya que la pertenencia de una norma a un sistema se convierte en el único hecho determinante de su valor de verdad. En otras palabras: mientras que en la concepción tradicional, la fuerza vinculante de las normas ocupa un central y la pertenencia al sistema un papel subordinado, en este nuevo enfoque la pertenencia a un sistema jurídico se convierte en el único dato relevante para determinar el valor de verdad de los enunciados jurídicos”). NAVARRO, Pablo **Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**. N° 12, abril 2000, p. 131/132.

⁴² Falando do caráter distinto das normas jurídicas, Bulygin afirma que “a ideia de que as normas jurídicas só podem ser obedecidas ou desobedecidas está pressuposta em quase todas as teorias normativas do Direito e não é destacada suficientemente as outras funções que elas possam exercer. Uma norma pode, todavia, não só ser obedecida, mas também usada. Quando é usada, por exemplo, para justificar ou criticar uma ação, trata-se de uma atividade muito distinta da obediência e a norma aqui cumpre uma função bem diferente (No original: “La idea de que las normas jurídicas sólo pueden ser obedecidas o desobedecidas está presupuesta en casi todas las teorías normativas del derecho y se pasa por alto o no se destaca suficientemente que pueden tener otras funciones. Una norma puede, sin embargo, no sólo ser obedecida, sino también usada. Cuando es usada para, por ejemplo, justificar o criticar una acción, se trata de una actividad muy distinta de la obediencia y la norma cumple aquí una función muy diferente”) BULYGIN, Eugenio. **El concepto de Eficacia**. in Kelsen, Hans; Bulygin, Eugenio; Walter, Robert. **Validez y eficacia del derecho**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005, p. 32.

Angel Rafael Mariño Castellanos, no mesmo sentido, esclarece o assunto, afirmando que

O problema encontrado na Filosofia do Direito e na Teoria do Direito é que os teóricos do direito escolhem apenas uma dimensão para tratar o conceito de Norma Jurídica, quando o tratamento deveria ser multidimensional (...) Portanto, nesta lógica, a juridicidade da norma não deriva da sanção, como um dos seus componentes, e nem tão pouco da justiça, mas a norma jurídica tem como característica principal de sua juridicidade o pertencer a um determinado Sistema jurídico (...) O substantivo norma permanece, o que poderá mudar é o adjetivo, por exemplo: existem normas de organização, norma de competência, de obrigação, de proibição, de permissão e assim por diante⁴³.

Então, para ser norma basta pertencer ao ordenamento, sendo a especificidade da norma definida pela sua tipologia. Abre-se o leque do que seja norma, mudando-se o foco do estudo da norma para o estudo do ordenamento, sendo isso necessário para que todos os componentes da ordem jurídica sejam prestigiados e tratados de acordo com a sua relevância, evitando-se, assim, confusões e construções que tentem encaixar a norma a um único modelo.

Portanto, as normas jurídicas seriam como pequenas peças de um grande quebra-cabeças chamado ordenamento jurídico. Cada uma dessas peças teria um formato diferente (definido de acordo com a sua tipologia), embora todas sejam importantes para a construção desse ordenamento jurídico.

2.3.1 Norma jurídica x enunciado

No tópico anterior foi dada a definição de norma jurídica, agora é hora de estudar a maneira como essas normas se manifestam.

Já vimos que não é errado dizer que o Direito pode ser considerado uma ordem coativa, utilizada pelo Estado com a finalidade de regular a sociedade, por meio de um ordenamento jurídico. Para realizar essa tarefa, são criadas normas⁴⁴ (leis, decretos, tratados internacionais,

⁴³ CASTELLANOS. Angel Rafael Mariño. **Norma Jurídica**. Artigo inédito apresentado na disciplina Teoria da Norma Jurídica do Programa de pós-graduação *strictu sensu* em processo civil da Universidade Federal do Espírito Santo, 2010; p. 1-3.

⁴⁴ Humberto Ávila diferencia os textos (enunciados) e a norma jurídica, que seria o fruto da interpretação do intérprete: “Enfim, é justamente porque as normas são construídas pelo intérprete que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas no texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete” ÁVILA, Humberto. **Teoria geral dos princípios— da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 34-35. Apesar das valiosas lições do autor, adotar o entendimento de que a norma é produto da interpretação pode nos levar a uma situação desconfortável,

sentenças, súmulas vinculantes etc.) que devem ser obrigatoriamente observadas por aqueles que habitam naquela ordem jurídica. Assim, no presente trabalho, as normas jurídicas não se diferenciam do seu enunciado⁴⁵, o que nos leva à conclusão de que o artigo 520 do Código de Processo Civil ou a súmula vinculante número 5 são exemplos de normas.

Tais normas, logicamente, não são evidentes e precisam ser interpretadas. Nesse cenário, o intérprete possui a missão de descobrir o sentido da norma, a fim de que ela seja aplicada da forma mais adequada possível. Com isso, a interpretação não é necessária para a existência da norma, embora seja imprescindível para a sua aplicação. A interpretação e aplicação das normas jurídicas serão tratadas com mais detalhes nos tópicos seguintes. Por ora, o importante é dizer que a norma jurídica não é fruto da interpretação do magistrado⁴⁶, pré-existindo a essa atividade.

2.3.2 O processo decisório do juiz: Interpretação e aplicação da norma jurídica

2.3.2.1 Interpretação

O Direito, para cumprir a sua função de organizar a sociedade, regulando condutas e dirimindo conflitos, utiliza-se de normas, que se manifestam por meio de textos, ou seja, por

afinal, diante de um texto controverso, poderiam ocorrer interpretações divergentes acerca de um mesmo enunciado e não ser possível descobrir qual é a norma jurídica existente no sistema.

⁴⁵ “Defender a norma jurídica como sinônimo de interpretação poderia criar uma situação na qual coexistiriam diversas, a partir do mesmo enunciado, normas opostas no sistema (um juiz entende que o artigo X permite, enquanto outro que o mesmo artigo proíbe e um terceiro que tal dispositivo obriga). Sendo assim, haveria uma indeterminação do sistema, na qual ninguém saberia qual é a norma, dando ao intérprete um poder absoluto e ilimitado. Afinal, na prática, norma jurídica seria apenas aquilo que o juiz dissesse. Essa realidade garante um poder excessivo ao magistrado e faz com que as normas gerais percam boa parte da sua relevância, pois elas seriam apenas instrumentos para serem manejados pelos juízes. Portanto, em virtude dessa indeterminação do sistema, não será adotado o conceito de norma como interpretação do enunciado, mas como sinônimo de enunciado. Dessa forma, diante de um texto controverso, o que poderia ocorrer seriam interpretações divergentes acerca da mesma norma, gerando consequências jurídicas diferentes, mas os juízes, ao julgar o caso, estariam sempre diante da mesma norma geral (por exemplo, artigo 232 do Código Civil). O que poderia variar, portanto, seriam as interpretações e não a norma jurídica. Isso traria maior segurança, pois não se correria o risco de um texto criar diversas normas incoerentes, deixando o operador do Direito sem saber onde estaria a norma aplicável”.

⁴⁶ Quando dizemos que a norma não é fruto de interpretação do magistrado, estamos defendendo que ela não é igual ao seu significado. Assim, a norma da súmula vinculante nº 27 (competete à justiça estadual julgar causas entre consumidor e concessionária de serviço público de telefonia, quando a anatel não seja litisconsorte passiva necessária, assistente, nem opoente) é o próprio enunciado e não o significado desse enunciado. Entretanto, é preciso admitir que nem todas as normas possuem um enunciado expresso, sendo descobertas por meio da interpretação. Assim, as normas implícitas são exemplos de normas produtos da interpretação dos enunciados.

meio da linguagem. Sendo assim, problemas como a ambigüidade⁴⁷ e a vagueza⁴⁸ atingem os enunciados jurídicos, especialmente aqueles mais abertos, como os princípios e as cláusulas gerais.

Nessa realidade, a interpretação é imprescindível para a compreensão e o próprio funcionamento do Direito, afinal, se não for possível determinar o sentido e alcance das normas jurídicas não há como aplicá-las. Com isso, a interpretação é um pressuposto para aplicação do Direito, não sendo possível aplicação sem interpretação⁴⁹.

Segundo Angel Rafael Mariño Castellanos a interpretação jurídica possui duas etapas: uma etapa pré-interpretativa, na qual o intérprete deve determinar se existe uma norma (no sentido de enunciado lingüístico) aplicável ao caso, verificar se existe um precedente vinculante e determinar a aplicabilidade ou não do enunciado normativo ao caso⁵⁰; e a outra etapa interpretativa, que, por sua vez, deve determinar os diferentes significados que o enunciado tem em relação ao caso, as conseqüências jurídico-normativas dos diferentes significados do enunciado para o caso e os sujeitos implicados, relacionar as conseqüências jurídico-normativas com outros fatores e decidir por um significado, que é tomar uma decisão⁵¹.

É preciso advertir ainda que essa busca pelo significado da norma não pode ser resultado da livre e espontânea intenção do intérprete, devendo respeitar alguns critérios ou métodos. A

⁴⁷ Ambigüidade é o uso da palavra com mais de um significado. Ocorre quando a palavra é usada com dois ou mais sentidos (ex. manga – que pode ser fruta ou parte de uma camisa).

⁴⁸ A vaguidade é o estado de indeterminação da palavra, é sua condição de imprecisão. É a incapacidade de determinarmos se a linguagem da realidade social está abrangida pelo conceito de uma palavra (Ex. jovem – uma pessoa de 18 anos está incluída nesse conceito?).

⁴⁹ Nesse sentido, Angel Rafael Mariño Castellanos: “Toda aplicação supõe, obrigatoriamente, uma interpretação. Mas nem toda interpretação supõe uma aplicação. Para chegar a uma decisão, no processo de aplicação, deve-se primeiro descobrir uma decisão anterior que está contida nessa norma. E para determinar o que está contido nessa norma que será adotada ou utilizada, é necessário, preliminarmente, desvendar o que ela diz, qual o dever-ser, a conduta planejada, a regra, o mandato, o que está requerido. Veja, portanto, que a decisão decorre de um processo complexo, baseado na trilogia linguagem – interpretação – aplicação”. CASTELLANOS, Angel Rafael Mariño e FACHETTI, Gilberto. **O poder decisório das Autoridades judiciais e a produção normativa- Parte 1**. Disponível em: <http://ordemepoder.blogspot.com/>. Acesso em 20 de dezembro de 2010.

⁵⁰ O próprio autor alerta que “É incorreto dizer que o intérprete faz uma escolha entre diferentes normas; ele faz uma escolha entre diferentes significados. Para chegar à escolha ele necessitou identificar diferentes significados”. CASTELLANOS, Angel Rafael Mariño e FACHETTI, Gilberto. **O poder decisório das Autoridades judiciais e a produção normativa- Parte 1**. Disponível em: <http://ordemepoder.blogspot.com/>. Acesso em 20 de dezembro de 2010.

⁵¹ Embora valiosas as lições do autor, sendo, inclusive, bastante didáticas para explicar o fenômeno da interpretação, não há essa ordem (primeiro a fase pré-interpretativa e depois a interpretativa), ocorrendo todo o processo interpretativo simultaneamente. Explica-se: quando o juiz se depara com um caso concreto, a sua primeira missão é identificar se existe alguma norma aplicável ao caso. Ora para saber disso, é preciso que o juiz conheça os significados dessas normas, o que só acontecerá com a interpretação das normas gerais presentes no sistema. Veja, então, que há uma interpenetração entre as fases pré-interpretativa e interpretativa, na qual o magistrado utilizando-se das suas pré-compreensões (que logicamente são fruto da interpretação) acerca das normas gerais identificará as normas presentes no sistema regulando a questão, após isso determinará o significado delas e, por fim, escolherá o significado mais adequado para aplicar. Assim, não há uma fase pré-interpretativa, havendo interpretação em toda atividade normativa produzida pelo juiz.

doutrina possui vasta produção sobre quais seriam esses métodos interpretativos⁵², podendo-se destacar as idéias de Savigny, que propõe os seguintes métodos de interpretação: gramatical, lógico, histórico e sistemático. O método gramatical busca significado da norma a partir da estrutura gramatical do enunciado, os sentidos da palavra e de que forma estão conectadas; o lógico foi desenvolvido para evitar incoerências na busca pelo significado; o sistemático defende que a norma não está isolada no sistema, não podendo ser encarada de forma dissociada do complexo normativo ao qual ela pertence; e o histórico leva em consideração o fundamento histórico para a produção da norma⁵³.

Independente do autor a ser adotado, o mais importante no que diz respeito a esse assunto, é entender que esses métodos não são excludentes, pelo contrário, são complementares e devem ser entendidos sempre de forma integrada. Angel Rafael Mariño Castellanos é preciso quando afirma:

Os critérios e métodos de interpretação incidem na interpretação do Direito. Os autores geralmente são excludentes, ou seja, ou se interpreta por um método ou por outro. Todavia não é bem assim, a exemplo do que ocorre com as interpretações objetiva e subjetiva, em que o ideal é trabalhar com as duas. Dessa maneira, o melhor método é aquele que, na verdade, faça uma junção de todos os métodos no processo de interpretação. Isto fará com que a interpretação seja uma interconexão (...) Não se trata de diferentes métodos de interpretação entre os quais o intérprete venha porventura escolher um, segundo seu arbítrio, mas de pontos de vista diretivos aos que cabe peso distinto. Quando o intérprete aplica diferentes pontos de vista com pesos distintos, entende-se que é porque está num processo de complementação. A justiça da solução é uma meta desejável da atividade judicial: a justiça não é a utilização de um método, senão o resultado que se espera após a interpretação⁵⁴.

⁵² Outro importante autor que tratou do assunto foi Karl Larenz, que propôs os seguintes critérios de interpretação: sentido literal, contexto significativo da lei, intenção reguladora, critérios teleológico-objetivos, conformidade com a Constituição e inter-relação dos critérios de interpretação. O primeiro é o *sentido literal*, que significa interpretar dentro do significado da palavra, ou seja, do significado da norma (aproxima-se do critério gramatical); O *contexto significativo* da lei refere-se a identificar que essa norma que está sendo interpretada pertence a uma lei, o significado dela nunca poderá ser achado fora do contexto em que ela está colocada. Procura o significado da norma no contexto significativo da lei, no marco contextual em que ela se encontra; a *intenção reguladora*, isto é, fins e idéias normativas do legislador histórico, pode ser associada ao método histórico de Savigny em que, para decidir qual o significado que a norma interpretada tem, busca-se as intenções do legislador. Aliás, mais do que as intenções, o contexto histórico em que se deu a formulação ou a criação da norma; já os *critérios teleológico-objetivos* não buscam as intenções do legislador no momento da criação, mas a sua finalidade no presente; e a *conformidade com a Constituição*, pela qual toda interpretação deve partir da busca do significado em conformidade com a Constituição. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 4 ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 450-483.

⁵³ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Sistema del derecho romano actual – Tomo I/** por F. C. de Savigny ; Trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley ; Prólogo de Manuel Durán y Bas. 2 ed. Madrid : Centro Editorial de Góngora, [1880?], p. 150. Disponível em: http://fama2.us.es/fde/ocr/2009/sistema_Del_Derecho_Romano_Actual_Savigny_T1.pdf.

⁵⁴ CASTELLANOS, Angel Rafael Mariño e FACHETTI, Gilberto. **O poder decisório das Autoridades judiciais e a produção normativa- Parte 1**. Disponível em: <http://ordemepoder.blogspot.com/>. Acesso em 20 de dezembro de 2010.

Por fim, vale falar rapidamente dos limites desses poderes hermenêuticos do juiz, já que ele não é ilimitado na sua tarefa de interpretar textos⁵⁵. O primeiro são os métodos de interpretação, que não podem ser ignorados pelo magistrado na sua atividade, como, por exemplo, o sentido literal do texto (ou método gramatical) que precisa ser levado em conta na produção de suas decisões; além disso, o juiz deve respeitar a realidade existente, adaptando as normas jurídicas às exigências da sociedade em que vive; deve ainda seguir as exigências formais e materiais do discurso racional; deve respeitar os precedentes vinculantes; por fim, deve respeitar as regras superiores do ordenamento.

2.3.2.2 Aplicação

A aplicação é a utilização de normas para solucionar casos concretos, manifestando-se por meio de uma decisão. Assim, podemos dizer que a aplicação é a concretização da atividade interpretativa do magistrado, que, após desvendar o significado das normas jurídicas, deve escolher uma delas para resolver o conflito e, com isso, aplicar o Direito.

Esse processo decisório é encarado por parte da doutrina como um silogismo, no qual a premissa maior é a norma geral, a premissa menor é o fato e a conclusão é a subsunção do fato à norma (aplicação do Direito)⁵⁶. É preciso muito cuidado com essa afirmação, já que a construção do raciocínio judicial é originada da interpretação, não sendo uma simples dedução das premissas.

⁵⁵ Mauro Cappelletti trata com maestria o assunto, afirmando que há alguns limites para a interpretação judiciária. Segundo o autor: “o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha -, não deve ser confundido com a afirmação de *total liberdade* do intérprete. Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos (...) é verdade que existe, pelo menos, um baluarte extremo, digamos uma fronteira de bom senso, que se impõe tanto no caso da interpretação do *case law*, quanto no do direito legislativo, ao menos porque também as palavras têm um significado tão geralmente aceito que até o juiz mais criativo e sem preconceitos teria dificuldade de ignorá-lo”. Além desses limites, que o autor denomina substanciais, ele também cita outros, que seriam processais, consistindo basicamente nos princípios da inércia, da imparcialidade e do contraditório. CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 24-26.

⁵⁶ Esse pensamento, segundo Perelman, foi defendido pela escola da Exegese: “Temos aqui uma tentativa de aproximar o direito quer de um cálculo que de uma pesagem, seja como for de algo cuja tranquilizadora exatidão deveria proteger-nos contra os abusos de uma justiça corrompida como a do Antigo Regime (...) Uma vez estabelecidos os fatos, bastava formular o silogismo judiciário, cuja maior devia ser fornecida pela regra de direito apropriada, a menor pela constatação de que as condições previstas na regra haviam sido preenchidas, sendo a decisão dada pela conclusão do silogismo”. PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupí. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 33.

Com isso, antes mesmo de se falar em premissa maior, há que se definir o significado da norma geral. Karl Larenz lembra que os enunciados jurídicos, especialmente a lei, diferentemente de algumas ciências, não possuem conceitos rigorosamente fixados, mas termos relativamente flexíveis que são expressos por meio da linguagem corrente, logo também possuem os mesmos problemas de vagueza e ambigüidade. Esse quadro se agrava ainda mais em um ordenamento jurídico como o brasileiro, infestado de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e princípios⁵⁷.

Ademais, as normas jurídicas não estão isoladas no ordenamento e, por isso, não é correto pensar na premissa maior enquanto uma única regra para regular o caso concreto. Quando dizemos que o juiz elegeu uma norma para aplicá-la para a resolução do caso concreto (artigo 155 do Código Penal, por exemplo), na verdade, não podemos ignorar que diversas outras normas também compõem essa solução, como as normas que garantem competência; as que estabelecem procedimentos; as que cuidam da análise probatória; alguns princípios constitucionais que fundamentam essa escolha, além de outros enunciados não normativos que também fazem parte dessa decisão. Enfim, não se deve falar em aplicação de normas, mas na aplicação do Direito⁵⁸.

No que diz respeito à premissa menor (fato concreto a ser subsumido⁵⁹), é preciso esclarecer que não há uma análise do evento real, mas dos elementos probatórios presentes nos autos. Nesse cenário, levando-se em consideração que o Brasil adota o sistema do convencimento motivado⁶⁰, a premissa menor dependerá de uma série de interpretações do juiz em relação às

⁵⁷ Karl Larenz apresenta com muita nitidez a situação: “Que o significado preciso de um texto legislativo seja constantemente problemático depende, em primeira linha, do facto de a linguagem corrente, de que a lei se serve em grande medida, não utilizar, ao contrário de uma lógica axiomatizada e da linguagem das ciências, conceitos cujos âmbito esteja rigorosamente fixado, mas termos mais ou menos flexíveis, cujo significado possível oscila dentro de uma larga faixa e que pode ser diferente segundo as circunstâncias, a relação objectiva e o contexto do discurso, a colocação da frase e a entoação de uma palavra. Mesmo quando se trata de conceitos em alguma medida fixos, estes contêm frequentemente notas distintivas que, por seu lado, carecem de uma delimitação rigorosa (...) Com freqüência, uma mesma expressão é usada em diferentes leis, e inclusivamente na mesma lei, em diferentes sentidos; assim, a expressão “condução de negócio alheio”, nos §§ 662 e 667 do BGB, por um lado, e no § 675, por outro”. LARENZ, 2005, p. 439-440.

⁵⁸ CASTELLANOS, Angel Rafael Mariño e FACHETTI, Gilberto. **O poder decisório das Autoridades judiciais e a produção normativa- Parte 1**. Disponível em: <http://ordemepoder.blogspot.com/>. Acesso em 20 de dezembro de 2010.

⁵⁹ Karl Larenz explica que não são os fatos que são subsumidos na premissa menor, mas os enunciados sobre os fatos: “A situação de facto como enunciado, tal como aparece na premissa menor do silogismo de determinação da consequência jurídica e também no silogismo de subsunção, tem que ser distinguida da situação de facto enquanto fenómeno da vida, a que se refere tal enunciado. A premissa menor do silogismo de subsunção é o enunciado de que as notas mencionadas na previsão da norma jurídica estão globalmente realizadas no fenómeno da vida a que tal enunciado se refere”. LARENZ, 2005, p. 384.

⁶⁰ Alexandre Freitas Câmara ensina os três sistemas de valoração da prova mais conhecidos. O primeiro seria o da prova legal, originário das ordálias, no qual as provas teriam valores fixos, definidos pela lei. Assim, uma prova testemunhal poderia valer um ponto, a confissão três pontos e a prova pericial dois pontos, cabendo ao juiz fazer essa soma para saber qual prova deve prevalecer. O segundo seria o sistema íntima convicção, podendo o

provas, o que nos leva à conclusão de que um mesmo conjunto probatório pode originar diferentes fatos (premissas menores), de acordo com a valoração dada pelo magistrado⁶¹. Dessa maneira, a premissa menor também não é automática, sendo necessária uma série de cognições do juiz.

Mesmo definidas as premissas maior e menor, ainda assim, não se pode afirmar que estaremos diante de um silogismo, pois a conclusão judicial nem sempre advém unicamente das premissas. Atienza comprova isso por meio do seguinte exemplo: o Código Penal Espanhol no artigo 344 prevê a pena de prisão maior (de seis anos e um dia a doze anos) para quem cometer o delito de tráfico de drogas (premissa maior); A e B cometeram o delito (premissa menor); logo, devem ser condenados à pena prevista (conclusão). O autor prossegue explicando que a conclusão do silogismo não representa a decisão da sentença, e sim um passo prévio da mesma. Na sentença, a parte dispositiva estabelece uma pena concreta, de seis anos (pena mínima), em virtude do réu do bom comportamento e sociabilidade dos réus. Entretanto, isso não é uma consequência necessária, sendo possível ao juiz condená-los à pena de 12 (doze) anos, sendo tal atitude perfeitamente legal e sem qualquer contradição com as premissas. Assim, essas premissas adicionais (bom comportamento e sociabilidade), que se unem ao processo argumentativo para justificar a decisão, acabam desnaturando a construção silogística, já que a conclusão final não mais depende apenas da premissa maior e premissa menor, depende também dessas novas premissas⁶².

Esse raciocínio, que é muito pertinente para o Direito Penal, pode ser usado em vários ramos do Direito, basta pensar no pedido de indenização ou na condenação por litigância de má-fé. Enfim, num cenário jurídico em que a razoabilidade e a proporcionalidade funcionam como elementos nucleares no raciocínio judicial, o silogismo, ao menos encarado nos termos tradicionais, parece não dar conta de explicar a complexidade do processo decisório do juiz.

juiz julgar de acordo com o seu convencimento, que poderia ser formado por quaisquer elementos, é o sistema usado ainda hoje para o Tribunal do Júri. Por fim, o terceiro sistema e que conta com mais prestígio, sendo adotado pelo processo civil é o da persuasão racional (ou livre convencimento motivado), no qual o juiz é livre para formar o seu convencimento, desde que se baseie nas provas presentes nos autos e justifique os motivos que o levaram a tomar a sua decisão. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. vol. 1, 18. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 382-384.

⁶¹ Quando se fala em liberdade do magistrado para valorar a prova, não se ignora que o juiz deve respeitar as regras processuais vigentes no sistema jurídico. Assim, quando o artigo 366 do CPC fala que quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta, não pode o juiz simplesmente ignorar essa disposição e suprir a falta do instrumento público.

⁶² ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica**. 3 ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006, p. 34-36.

O que se pretende, então, não é negar que o Direito trabalha com regras gerais (premissas maiores) e casos específicos (premissas menores) a fim de se atingir uma solução (conclusão). Essa forma de raciocinar é útil e não pode ser simplesmente abandonada, apenas adaptada para a complexidade exigida pelo fenômeno jurídico. Assim, quando falamos em premissa maior, devemos ter em mente não mais uma regra geral regulando um caso, mas na interpretação de todo o ordenamento jurídico, composto por regras de competência, definições etc. A premissa menor, no mesmo sentido, também deve ser encarada com suas particularidades, sendo formada numa dialética constante com as regras presentes no ordenamento. A conclusão também não pode ser obtida simplesmente por uma dedução das premissas, ela deve ser justificada com base nos princípios fundamentais do ordenamento jurídico.

2.3.2.3 Aplicação do Direito x Criação do Direito

Uma vez feitas as observações acerca do processo decisório do juiz, é hora de analisarmos se o juiz, ao tomar uma decisão, cria uma norma ou simplesmente aplica o Direito vigente. Antes disso, é muito útil trazer à baila as classificações das normas jurídicas, que as dividem em individuais e gerais; abstratas e concretas.

A classificação de normas individuais e gerais leva em consideração basicamente a relação entre a norma jurídica e o destinatário dela, ou seja, o sujeito passivo atingido pela autoridade da norma. Assim, a norma geral seria aquela que o sujeito passivo é indeterminado, tendo como exemplo clássico a lei. Já a norma individual⁶³ é aquela cujo sujeito passivo é determinado⁶⁴, sendo a sentença um bom exemplo desse caso.

⁶³ Bulygin questiona essa classificação, pois, segundo ele, generalidade seria uma característica da norma jurídica e, por isso, seria incorreto falar em normas individuais. Só existindo normas gerais. Dessa forma, o autor é expresso em afirmar: “Cabe falar é duvidoso que as chamadas “normas individuais” sejam normas. O termo “norma” – e com maior razão, o termo “regra” – parece requerer a generalidade, ao menos no que diz respeito ao destinatário da norma. Por este motivo, provavelmente seria mais razoável denominar a parte resolutiva de uma sentença “disposição” ou “mandato” e não “norma individual” (No original: “Cabe agregar que es dudoso que las llamadas “normas individuales” sean normas. El término “norma” – y con mayor razón el término “regla” – parece requerir la generalidad, al menos respecto del sujeto o destinatario de la norma. Por este motivo sería probablemente más razonable denominar a la parte resolutiva de una sentencia “disposición” o “mandato” y no “norma individual”). BULYGIN, Eugenio, **Los jueces .crean derecho?**. *Isonomía*: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. n.o 18, 2003, p. 13.

⁶⁴ Dessa forma, o termo individual não significa que apenas um indivíduo é atingido pela incidência da norma, mas que a norma tem como destinatários uma ou mais pessoas que sejam determinadas. O importante aqui é o critério de identificação ou não do sujeito passivo e não a quantidade de pessoas. Nesse sentido, MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 89.

Já quando falamos em normas abstratas ou concretas, na verdade, estamos falando da relação entre norma e fato e não mais entre norma e sujeito. Dessa forma, a norma abstrata seria aquela em que o Direito regula hipoteticamente uma situação, não sendo necessária a ocorrência fática para a identificação da solução jurídica a ser adotada⁶⁵. Assim, por exemplo, uma lei traz em seu bojo uma série de enunciados abstratos. Então, quando falamos que matar alguém é um crime, não estamos falando de nenhuma situação que tenha ocorrido concretamente, mas dando a solução abstrata para todos os casos que se encaixarem nessa situação (pena de seis a vinte anos). A norma concreta, por sua vez, é aquela que, normalmente, baseada numa solução abstratamente regulada, resolve uma situação que ocorreu na realidade fática⁶⁶. O melhor exemplo é uma sentença, que, com base na lei, diz que Tício deve ser condenado por ter cometido o homicídio de Caio.

Levando-se em conta essa classificação, não se pode negar que a decisão judicial cria uma norma concreta, inovando o ordenamento jurídico. Essa criação, contudo, deve obedecer às normas gerais e abstratas, que são o fundamento de validade das normas concretas. Dessa maneira, ocorrem dois fenômenos simultaneamente, a criação de uma norma concreta e a aplicação de norma abstrata⁶⁷.

Há uma situação em que o juiz fica impossibilitado de aplicar as normas gerais do sistema, pois elas não existem, são as chamadas lacunas. Nesse caso, Bulygin defende que o Direito por não ser um todo completo e coerente, autoriza os juízes a criar não uma regra individual, mas uma regra geral, que servirá para reger aquele caso concreto, além de funcionar como um precedente a ser levado em consideração por outros juízes quando se depararem com casos semelhantes. Explica-se: o juiz, normalmente, não está autorizado a criar regras gerais, dessa forma, quando houver uma regra prevista pelo legislador para resolver determinado caso concreto, o magistrado deve aplicá-la. Porém, quando inexistir tal regra, estaremos diante de uma lacuna, e, nesse caso, o julgador estará autorizado a criar (haveria discricionariedade

⁶⁵ Tarek Moussalem trata com maestria do tema: “Como o antecedente da norma abstrata é um enunciado conotacional, não podemos afirmar, com rigor lingüístico, existir um fato jurídico. O antecedente da norma abstrata possui critério de identificação de um fato jurídico, não o fato propriamente dito” *ibid.* p. 89.

⁶⁶ Também são importantes as palavras de Tarek Moussalem acerca das normas concretas: “Fala-se em norma concreta quando a situação fática descrita na hipótese da norma abstrata (enunciado conotacional) ocorre na realidade empírica, adquirindo identidade lingüística competente, ou seja, revestimento em linguagem hábil. Trata-se aqui de um enunciado denotativo, referente a um evento concretamente ocorrido e relatado em linguagem competente (fato) subsumido ao enunciado conotativo”. *ibid.* p. 89.

⁶⁷ Kelsen tratou dessa relação entre criação/aplicação das normas, afirmando: “Uma norma que regula a produção de outra norma é aplicada na produção, que ela regula, dessa outra norma. A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. E desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito (...) A aplicação do Direito é, por conseguinte, criação de uma norma inferior com base numa norma superior ou execução do ato coercivo estatuído por uma norma”. Kelsen, 1998b, p. 260-261.

judicial) uma norma geral⁶⁸ para resolver a questão. Essa mesma solução seria adotada pelo magistrado em todos os casos desse tipo julgados por ele, não por uma questão de poder vinculante formal do Direito, mas por que um juiz que julga casos iguais de maneira diferente atua de forma irracional⁶⁹. Havendo discordância de outros juízes com a tese adotada e com isso a criação de novas regras gerais, então, fatalmente, o caso chegaria ao Supremo Tribunal, e isso acabaria desembocando na criação de uma jurisprudência dominante e, assim, haveria a criação de uma norma geral por meio jurisprudencial.

Não há dúvidas de que a tese apresentada por Bulygin é bastante interessante, mas é preciso um pouco de cuidado para adotá-la. Dizer que o juiz é livre para criar uma solução no caso de lacunas, não pode significar que o magistrado não precisa respeitar o ordenamento jurídico. Isso significa essa nova regra geral terá o mesmo tratamento das outras, ou seja, deverá ser adequada às outras regras gerais e superiores. Uma sentença, então, não poderá violar a Constituição a pretexto de estar regulando uma situação lacunosa.

Essa decisão, de fato, não estaria prevista no sistema jurídico, que, todavia, possui critérios tanto para a produção dela (dispositivos prevendo a integração) quanto para aferir a sua regularidade. Assim, essas normas gerais criadas pelo magistrado passariam por uma espécie de “filtro de juridicidade” para poderem atestar a sua validade e serem aceitas como aplicáveis⁷⁰.

2.4 A NORMA JURÍDICA DENTRO DO ORDENAMENTO: UM BREVE ESTUDO ACERCA EXISTÊNCIA; VALIDADE; VIGÊNCIA, EFICÁCIA.

2.4.1 Existência

A existência da norma jurídica é algo pouco debatido, sendo um assunto, de certa forma, negligenciado pela doutrina, embora seja fundamental para o correto entendimento da matéria.

⁶⁸ É preciso esclarecer ainda que essa norma geral criada pelo juiz difere daquela criada pelo legislador, pois a deste possui um caráter de obrigatoriedade para todas as pessoas submetidas ao sistema jurídico, enquanto as regras gerais do magistrado resolve apenas o caso em questão, constituindo um precedente. BULYGIN, Eugênio. **Creación y aplicación del derecho in Sobre las lagunas. in Lagunas en el Derecho**. España: Marcial Pons, 2005, p. 43.

⁶⁹ *ibid.* p. 41.

⁷⁰ Fala-se em aplicáveis, pois para pertencer ao sistema jurídico, bastaria a sua promulgação por uma autoridade competente, mas, conforme já foi dito anteriormente, a pertença não garante validade à norma jurídica.

A existência, na presente dissertação, será tratada como a pertença⁷¹ de uma norma a determinado ordenamento jurídico. Assim, uma pertencerá (existirá) a um ordenamento jurídico, desde que tenha sido criada por uma autoridade com poder normativo dentro daquela ordem jurídica.

Com essa afirmação não se pretende excluir as normas implícitas e as que decorrem logicamente de outras normas, nem as normas que decorrem do conjunto normativo como um todo, que também fazem parte do ordenamento, embora não possuam um texto dado por uma autoridade competente. Isso significa que quando determinada autoridade inserir um enunciado ou um conjunto de enunciados no ordenamento, estará inserindo não só as normas que se possam retirar da leitura isolada dos enunciados, mas também todas as normas implícitas e as que sejam decorrência do conjunto desses enunciados⁷².

Mendonça e Bulygin explicam bem esse conceito de existência:

Precisamente, outro conceito de existência, amplamente utilizado no discurso jurídico, é o de existência como pertença a um sistema. Nesse discurso se considera que uma norma pertence a um sistema determinado se foi ditada (e não derogada) por uma autoridade competente de dito sistema (...) Uma autoridade pode muito bem promulgar uma norma sem promulgar explicitamente todas as suas conseqüências lógicas. Contudo, tais conseqüências são implicitamente promulgadas. Neste sentido, todas as conseqüências lógicas das normas promulgadas explicitamente pertencem ao (são membros do) sistema⁷³.

Esse conceito é, descritivo, relativo (a uma sociedade e tempo determinado) e não é gradual, já que a norma não pode pertencer mais ou menos ao ordenamento, ou ela pertence ou não.

No caso da súmula vinculante, por exemplo, a norma passa a existir desde o momento em que o Supremo Tribunal Federal a edita, embora seu efeito vinculante fique postergado para

⁷¹ Muitos doutrinadores utilizam esse sentido de pertença como sinônimo de validade. Nesse sentido, MOUSSALEM, Tárek Moysés. **Revogação em matéria tributária**. São Paulo: Noeses, 2005, p. 140.

⁷² Caracciolo distingue dois critérios de pertença que considera básicos: o critério de legalidade e o critério de dedutibilidade. De acordo com o critério de legalidade, uma norma pertence ao sistema desde que tenha sido promulgada por uma autoridade competente do sistema (a autoridade só será competente quando outra norma garantir esse poder). Já de acordo com o critério da dedutibilidade, uma norma pertence a um sistema quando é uma conseqüência lógica de outra (é dedutível de) pertencente ao sistema. Isso nos permite distinguir duas relações entre as normas do sistema: relação de legalidade e relação de dedutibilidade. CARACCIOLO, Ricardo. **El sistema jurídico. Problemas actuales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988, p. 57 ss.

⁷³ BULYGIN, Eugenio y MENDONCA, Daniel. **Normas y sistemas normativos**. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 67-68.

depois da publicação. Portanto, para o presente trabalho a existência de uma norma será a pertença dela a um determinado ordenamento jurídico⁷⁴.

2.4.2 Validade

Prosseguindo o estudo sobre a norma jurídica, passa-se a investigar o conceito de validade, que, na presente dissertação, será utilizada no sentido de legalidade⁷⁵ ou regularidade da norma perante o ordenamento jurídico⁷⁶.

Nesse ínterim, a análise da validade levará em conta tanto o conteúdo da norma jurídica, que deve estar em conformidade com as normas superiores do ordenamento (assim, uma norma inconstitucional será inválida), quanto o processo de enunciação, que deve ser regular (nesses termos, a felicidade do ato de enunciação se confunde com a validade do enunciado produzido)⁷⁷.

Esse conceito de validade, distinto de existência, tem o mérito de admitir que uma norma produzida sem observar as regras previstas em normas superiores do ordenamento possa gerar efeitos. Nesse caso teríamos uma norma existente, mas inválida. Além disso, ao analisar a validade, sob o prisma da legalidade da norma, não se admite que uma norma contrária ao

⁷⁴ É importante dizer que esse critério de existência vale para todas as regras válidas do ordenamento jurídico, mas não para um outro tipo de norma que existe no sistema, que não são válidas ou inválidas. São essas normas que fundamentam o ordenamento jurídico, garantindo a sua unidade. Com isso, uma norma poderia pertencer ao ordenamento jurídico em virtude de três motivos: porque é válida (foi promulgada por uma autoridade competente do sistema), sendo que essa validade deve estar baseada em alguma norma suprema do ordenamento; porque é uma consequência lógica das normas supremas ou de normas válidas; e, por fim, porque é uma norma suprema.

⁷⁵ Legalidade não está sendo utilizada no sentido de estar conforme a lei, em sentido estrito, mas estar conforme o ordenamento jurídico.

⁷⁶ Uma forma diferente de encarar a questão é a equiparação entre os conceitos de validade e pertença de uma norma a um determinado ordenamento jurídico. De acordo com esse critério, bastaria que uma autoridade competente emitisse um enunciado, introduzindo-o no sistema, e, a partir daí, já seria possível extrair normas válidas. Tárek Moussalém resume bem essas idéias, afirmando que “A norma, pelo simples fato de ser norma jurídica já é válida, já pertence ao sistema do direito positivo. A partir da enunciação-enunciada que a veiculou no sistema, volta-se a enunciação para aferir ou não a felicidade ou infelicidade (da enunciação). O ato de produção normativa não é válido ou inválido, é feliz ou infeliz. A enunciação-enunciada e os enunciados-enunciados (por consequência, as normas jurídicas) é que são susceptíveis de ser invalidados. A infelicidade da enunciação, para ser hábil a invalidar a norma por ela originada, deve ser agasalhada em outro enunciado” MOUSSALEM, 2005, p. 140-141.

⁷⁷ Nesse sentido, Alchourrón e Bulygin: “De uma norma ditada pela autoridade competente se diz que é válida: a validade de uma norma é a legalidade de sua criação (...) isso mostra que a existência é distinta da validade, ao menos para aqueles que aceitem que haja normas soberanas e inválidas”. Alchourrón e Bulygin, 1997, p.35-36.

sistema possa ser aplicada⁷⁸, o que ajuda a manter a coerência, fundamental para um bom funcionamento do ordenamento jurídico.

A súmula vinculante, então, existirá desde o momento da sua edição, sendo que isso nada diz acerca de sua validade. Ela somente será válida quando analisadas a regularidade do seu processo de enunciação e a sua compatibilidade com a Constituição, que é o seu fundamento de validade.

Portanto, validade será utilizada no sentido de legalidade da norma, tanto formal (regularidade do procedimento de enunciação), quanto material (compatibilidade entre o conteúdo da norma e das normas superiores do ordenamento), diante dos fins previstos pelo ordenamento jurídico.

2.4.3 Vigência

Uma vez visto os conceitos de existência (pertença da norma ao ordenamento) e validade da norma jurídica (compatibilidade formal e material da norma perante o ordenamento), já é possível falar acerca do conceito de vigência.

A vigência da norma jurídica está ligada ao período temporal em que uma norma deve ser obedecida em um determinado ordenamento jurídico, ou ao período em que a norma está em vigor.

Diante disso, o vigor de uma norma jurídica diz respeito à obrigatoriedade de aplicação da norma⁷⁹, sendo que tal efeito pode ser protraído ou retraído de acordo com as regras do

⁷⁸ Quando se fala que a norma não pode ser aplicada, não quer dizer que ela não possa existir, produzindo efeitos jurídicos. Significa que o magistrado não deve levá-la em consideração como uma possibilidade de aplicação, pois ela contraria os ideais do sistema (é como se ela nem fizesse parte do sistema). Entretanto, caso o magistrado a aplique, ela existirá e, fatalmente, gerará efeitos, assim como qualquer norma produzida, sob qualquer fundamento (ainda que não presente no sistema), também produziria efeitos. Então, mais uma vez se destaca que validade não está ligada à produção de efeitos da norma jurídica, mas com a sua regularidade perante o sistema jurídico.

⁷⁹ Alguns autores defendem que a obrigatoriedade da norma jurídica não diz respeito a sua vigência, mas a sua validade. Assim, uma norma só seria válida caso tivesse que ser obrigatoriamente seguida. Esse é um dos sentidos do termo apresentado por Carlos Santiago Nino : “Se a designação do conceito de validez inclui a justificabilidade ou força moral obrigatória das normas ou do sistema jurídico dos que se predica a validade, o conceito se converte em uma noção normativa. Com este sentido da expressão “validade”, dizer que uma norma ou um sistema são válidos implica afirmar que devem ser observados e aplicados, que provêm razões para justificar uma ação ou decisão. Se a palavra “validade” é usada com este significado, afirmar que uma norma jurídica é válida, mas não deve ser obedecida ou aplicada – por exemplo, por ser injusta – é uma autocontradição”. (No original: “Si la designación del concepto de validez incluye la justificabilidad o fuerza obligatoria moral de las normas o del sistema jurídico de los que se predica validez, el concepto se convierte en una noción normativa. Con este sentido de la expresión "validez", decir que una norma o un sistema son válidos

ordenamento jurídico. Tal fato, contudo, não influencia na existência dessa norma no ordenamento jurídico. Assim, por exemplo, quando analisamos uma lei com o seguinte enunciado: “Esta lei entrará em vigor 120 dias após a publicação”, podemos afirmar que ela pertence (existe) ao ordenamento desde o momento em que foi promulgada, mas ela só vigorará (terá de ser obrigatoriamente observada) 120 dias após a publicação. Com isso, uma norma, no período de *vacatio legis*, já existe, embora ainda não esteja vigente no ordenamento jurídico.

O mesmo ocorre com a súmula vinculante que, embora exista desde a sua edição pelo Supremo Tribunal Federal só terá vigor após a sua publicação na imprensa oficial (artigo 103-A da Constituição). Neste caso há ainda outro enunciado na Lei 11417/2006⁸⁰ que permite a modulação do efeito vinculante dessa súmula, dando ampla liberdade para que o Supremo Tribunal Federal manipule da melhor forma possível a vigência dessas normas em nosso ordenamento.

Portanto, o termo vigência no presente trabalho será utilizado como o período em que uma norma jurídica estará em vigor, sendo que este está ligado ao efeito vinculante da norma, isto é, a obrigatoriedade de aplicação.

2.4.4 Eficácia

implica afirmar que deben ser observados y aplicados, que provee razones para justificar una acción o decisión. Si la palabra "validez" se emplea con este significado, afirmar que una norma jurídica es válida, pero que no debe ser obedecida o aplicada —por ejemplo, por ser injusta— es autocontradictorio”). NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2ed. Buenos Aires: Astrea, 2003, p. 134.

⁸⁰ Esse enunciado é o artigo 4º da referida lei, que possui a seguinte redação: **Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.** O que se destaca analisando rapidamente o enunciado, que será estudado detalhadamente no capítulo 4, é que o legislador utilizou o termo eficácia no mesmo sentido que a presente pesquisa utiliza para o termo vigor. Uma vez que uma lei, em *vacatio legis*, entrará em vigor algum tempo após a sua publicação, fica a impressão de que o legislador utiliza vigor para lei e eficácia para súmula, ambas indicando o mesmo fenômeno (quando a norma passa a ter obrigatoriedade de aplicação), o que não parece correto, já que a eficácia e o vigor são duas coisas completamente diferentes.

O presente trabalho defende que a eficácia está ligada à correspondência fática⁸¹ de uma conduta normativamente prevista. Os destinatários das normas são tanto as autoridades judiciais (eficácia jurídica), que aplicam a norma, quanto a sociedade em geral (eficácia social), que a obedece. Faz-se uma observação, todavia, que o termo eficácia jurídica é aqui entendido de forma mais ampla do que em Kelsen, englobando não só as normas de conduta, mas também todas as outras normas.

Nesse cenário, afasta-se do sentido comumente usado pela doutrina, que conceitua eficácia como a aptidão da norma para irradiar efeitos jurídicos⁸². Essa afirmação é repetida muitas vezes e não é analisada com o devido cuidado, afinal a aptidão para produzir efeitos não diz respeito ao uso da norma pelos tribunais ou pela sociedade. Assim, entender que uma norma está apta a produzir efeito pode dizer respeito à sua existência, validade ou vigência, mas não à sua eficácia.

No caso da existência, poder-se-ia afirmar que basta que uma autoridade com poderes normativos insira a norma no ordenamento que ela já estaria apta a gerar efeitos. Quanto à

⁸¹ Eugênio Bulygin analisa o tema de forma um pouco diferente e diz que o conceito de eficácia deve estar voltado basicamente para os atos do juiz. Primeiramente, o autor argentino esclarece que a eficácia de uma norma não pode se referir somente ao passado, pois uma norma pode ter sido eficaz e, com o passar do tempo, ter perdido esse atributo. Também não pode se referir ao futuro, já que, do mesmo modo, uma norma que hoje é eficaz, pode não ser no futuro. Com isso, a afirmação de que “a norma X é eficaz” se refere, essencialmente, ao presente. Para explicar sua tese, Bulygin, saindo da investigação estritamente jurídica, compara a eficácia da norma jurídica ao enunciado “o açúcar é solúvel”. Ora, a solubilidade é uma característica inerente ao açúcar, sendo este solúvel antes mesmo de ser colocado em contato com a água. Apesar disso, essa característica somente poderá ser manifestada quando o açúcar entrar em contato com a água e for dissolvido, antes disso não há como observar tal propriedade, embora, antes mesmo dessa experiência, a solubilidade continue sendo uma de suas características. Do mesmo modo ocorre com a norma jurídica, que não está ligada à atitude judicial passada (como os juízes julgaram), nem à futura (como os juízes julgarão), mas ao comportamento que deve ocorrer no presente, isto é, se a norma X é eficaz, então em circunstâncias normais, ela será utilizada pelo magistrado em seus julgamentos. Para chegar a essa conclusão, é importante analisar o comportamento normalmente utilizado pelos tribunais (normalmente eles aplicam normas produzidas pelo Legislativo? Qualquer que seja o assunto? Já houve pronunciamento sobre a constitucionalidade da matéria?), caso se chegue à conclusão que tal aplicação ocorrerá, então, a norma é eficaz (BULYGIN, Eugenio. **El concepto de Eficacia**. in KELSEN, Hans; BULYGIN, Eugenio; WALTER, Robert. **Validez y eficacia del derecho**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005, p. 30-42). Apesar do cuidado com o tratamento do assunto, percebem-se algumas falhas na teoria de Bulygin. Primeiro, apesar de a todo instante negar que a eficácia seja um atributo relacionado à aplicação futura da norma jurídica, estando ligada ao presente, ao dizer que em condições normais uma norma X será aplicada, o autor está falando do futuro (mantidas as condições atuais, então norma X será aplicada) e não do presente. Ademais, essa previsão de como os tribunais normalmente julgam também é algo muito vago, principalmente em matérias que inovam a ordem jurídica ou que não haja consenso, os chamados *hard cases* (como a questão dos transgênicos, por exemplo), dificultando qualquer conclusão acerca do assunto. Por fim, dizer que os juízes como aplicadores das normas são os principais destinatários delas é aceitável, agora afirmar que são os únicos não é um argumento convincente. Afinal, sendo o Direito uma ordem coativa, é preciso admitir que de alguma forma ele está voltado também para a sociedade e que uma ordem jurídica para se sustentar precisa de um mínimo de eficácia social.

⁸² Essa é a tese defendida por Alexandre Sormani e Nelson Luis Santander: “Eficácia é a aptidão de produzir efeitos. Uma norma pode produzir efeitos na sociedade – eficácia social, porém toda norma jurídica produz efeitos no mundo jurídico – eficácia jurídica”. SORMANI, Alexandre e SANTANDER, Nelson Luis. **Súmula Vinculante - Um Estudo à luz da Emenda Constitucional 45**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 167.

validade, a defesa seria no sentido de que o simples lançamento da norma no ordenamento não bastaria para garantir essa aptidão, para isso seria necessária a regularidade da norma (ela poderia até gerar efeitos, mas por uma atitude falha de uma autoridade, visto que tal norma não teria aptidão para essa produção de efeitos). Por fim, exigir-se-ia além da existência e validade, também a vigência da norma para que essa aptidão fosse satisfeita. Como se percebe tudo depende do rigor com que se encara o termo aptidão, que, por ser uma expressão vaga, precisa da delimitação do intérprete para desenhar o seu âmbito de aplicação.

O que não parece factível é dizer que uma norma só estará apta a gerar efeitos depois de sua aplicação pelos órgãos judiciais, afinal caso se entendesse dessa maneira, uma norma recém promulgada não estaria apta a gerar efeitos até a sua aplicação e os tribunais não a aplicariam em virtude dessa inaptidão, o que inviabilizaria o desenvolvimento do sistema. Em virtude disso, esse entendimento também não pode prevalecer.

Nesse cenário, a súmula vinculante adquire eficácia jurídica somente após a sua utilização pelos órgãos julgadores. Não existindo casos de aplicabilidade, não seria possível qualquer conclusão sobre a eficácia e, em ocorrendo tais condições, ela seria ineficaz quando ignorada pelos responsáveis pela sua aplicação.

Portanto, a eficácia de uma norma jurídica está ligada à aplicação prática de uma norma hipoteticamente prevista.

2.5 A ESTRUTURA ESCALONADA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Já afirmamos que a norma jurídica não pode ser considerada isoladamente, mas como parte de um ordenamento. Também indicamos quais são os critérios para que uma norma pertença, seja válida e vigente no ordenamento. Entretanto, não falamos ainda das relações normativas dentro do ordenamento.

Seguindo os ensinamentos de Kelsen o ordenamento jurídico não se apresentaria como um “complexo de normas válidas colocadas umas ao lado das outras, mas uma construção escalonada de normas supra-infra-ordenadas umas às outras⁸³”. Assim, uma sentença teria a lei como fundamento de validade, que por sua vez obedeceria à Constituição. Isso significa

⁸³ KELSEN, 1998b, p. 224.

que as normas seriam produzidas de forma hierarquizada, não podendo a norma inferior contradizer a norma superior⁸⁴.

O próprio controle de constitucionalidade é uma prova disso, afinal se as normas não estivessem ordenadas hierarquicamente, por que as leis deveriam respeitar a Constituição⁸⁵? O fato de haver essa ordem com normas superiores e inferiores em nada diminui o trabalho de argumentação a ser empreendido pelo intérprete, que continuará com a intrincada tarefa de decifrar qual a norma correta para se aplicar ao caso concreto. A hierarquia apenas fornece o caminho para indicar quais são as normas superiores do ordenamento.

Abonando esse entendimento de ordem jurídica hierarquizada, Angel Rafael Mariño Castellanos afirma:

Um ordenamento jurídico funciona com determinados princípios e regras e critérios, e um deles é o critério de ordenação, que supõe competência legislativa. Outro desses critérios é a hierarquização entre as normas, então, no momento da aplicação, também valem esses critérios já que aplicação supõe produção de normas, produção que tem que se ajustar a esses critérios. Não pode o juiz, com seu poder de órgão aplicador, chegar a uma decisão contrária àquela que diz a Constituição. A solução do juiz não pode contradizer normas hierarquicamente superiores. Daí a relação entre os órgãos aplicadores. Essa relação é derivada da hierarquia que existe no sistema jurídico, pela qual quem tem uma competência maior cria normas de maior grau hierárquico. O Poder Judiciário não é subordinado ao Poder Legislativo; são poderes relacionados, porém independentes. Só que esses poderes emitem normas que adentram ao sistema de maneira hierarquizada. As normas jurídicas particulares que o Judiciário produz são hierarquicamente inferiores às normas produzidas pelo Legislativo, portanto, não pode contradizê-las⁸⁶.

2.5.1 A unidade do ordenamento jurídico

⁸⁴ Tal ensinamento foi seguido por Bobbio, que idealizou uma pirâmide para representar esse modelo kelseniano de organização hierárquica das normas. Assim, o autor sintetiza com clareza o assunto, afirmando: Quanto à pirâmide que representa o ordenamento jurídico, do momento em que poder e obrigação são dois termos correlativos, se a considerarmos de cima para baixo, veremos uma série de poderes sucessivos: o poder constitucional, o legislativo ordinário, o regulamentar, o jurisdicional, o poder de negociação, e assim por diante; se a considerarmos de baixo para cima, veremos uma série de obrigações que se sucedem: a obrigação de um indivíduo de cumprir a sentença de um magistrado; a obrigação do magistrado de ater-se às leis ordinárias; a obrigação do legislador de não violar a Constituição. Uma última observação sobre a estrutura hierárquica do ordenamento: embora todos os ordenamentos tenham a forma de pirâmide, nem todas as pirâmides têm o mesmo número de andares”. BOBBIO, 1995, p. 52.

⁸⁵ Mesmo no Direito do Trabalho há essa hierarquia entre normas. Há um certo questionamento, sob o argumento de que deve prevalecer sempre a regra mais benéfica ao trabalhador, o que levaria a um acordo coletivo prevalecer sobre a Constituição. Essa conclusão, contudo, não é correta, afinal o próprio artigo 7º, *caput*, da Constituição é o fundamento de validade para que essas normas inferiores sejam aplicadas em detrimento dos direitos mínimos assegurados na Carta constitucional (repare, então, que a Constituição nesse caso não estabelece normas fixas, mas apenas um mínimo a ser respeitado). Assim, essa autoridade das normas inferiores não advém da força normativa delas, mas da própria Constituição.

⁸⁶ CASTELLANOS, Angel Rafael Mariño e FACHETTI, Gilberto. **O poder decisório das Autoridades judiciais e a produção normativa- Parte 1**. Disponível em: <http://ordemepoder.blogspot.com/>. Acesso em 20 de dezembro de 2010.

Os ordenamentos jurídicos modernos são extremamente complexos, compostos por diversos tipos de normas, as quais devem se relacionar sistematicamente para que o Direito consiga cumprir sua missão de resolver os conflitos e institucionalizar o uso da força pelo Estado. Sendo assim, é preciso que tais normas não estejam dispersas, devendo haver um elo que as integre, de forma a garantir unidade desse ordenamento jurídico.

Diante disso, Kelsen trouxe uma importante contribuição ao estudo da matéria quando introduziu a idéia de norma fundamental. Segundo o autor, o Direito seria um sistema dinâmico, logo não seria o conteúdo da norma que determinaria a sua validade, mas o modo como ela é produzida. Assim, a validade de uma norma jurídica não seria analisada materialmente, sendo observado apenas o seu processo de criação. Então, uma norma seria considerada jurídica desde que respeitasse ao processo normativo previsto no sistema.

Com isso, a validade da norma jurídica seria sempre relacional, visto que uma norma jurídica sempre apoiaria a sua validade em uma outra norma jurídica que permitiu a sua criação. Explica-se: um decreto só poderia ser editado em virtude de outra norma, editada por uma autoridade superior, garantindo esse poder - a lei -, que, por sua vez, retiraria o seu fundamento de validade de outra norma superior - a Constituição⁸⁷. Essa construção ainda deixa uma questão não respondida: de onde as normas constitucionais retirariam o seu fundamento de validade?

As normas constitucionais, assim como a lei ou o decreto, seriam normas postas (editadas por uma autoridade normativa), mas, diferente de outros diplomas normativos, não possuiriam um conjunto normativo para se apoiar, sendo as normas válidas de maior hierarquia no sistema. Com isso, não seria possível que as normas constitucionais buscassem seu fundamento de validade em outras normas válidas presentes no sistema, devendo ser adotada outra solução para justificar essa força normativa.

Para resolver tal problema, Kelsen criou a norma fundamental, que não poderia ser uma norma posta, devendo ser pressuposta, com a finalidade única de fundamentar a ordem

⁸⁷ As palavras do autor são bem claras a esse respeito, quando explica acerca do fundamento de validade da lei penal: “Levanta-se, assim, a questão de saber sob que pressupostos é possível uma tal interpretação, por que é que no caso presente se trata de uma sentença judicial, por que é que vale a norma individual por ela estabelecida, por que é uma norma jurídica válida, por que pertence a uma ordem jurídica válida e, portanto, deve ser aplicada. A resposta a esta questão é: porque esta norma individual foi posta em aplicação da lei penal que contém uma norma geral por força da qual, sob os pressupostos que no caso vertente se apresentam, deve ser aplicada a pena de morte. Se se pergunta pelo fundamento de validade desta lei penal, tem-se como resposta: a lei penal vale porque foi ditada pela corporação legislativa e esta recebe de uma norma da Constituição estadual o poder de fixar normas gerais. KELSEN, 1998b, p. 222-223.

jurídica, dando um “fechamento” ao sistema. Isso significa que a norma fundamental estaria no topo do sistema e, diferentemente das outras normas, não obedeceria a um processo relacional para aferir a sua validade, visto que a sua premissa maior não retiraria o fundamento de validade de outra norma, sendo apenas pressuposta. Assim, a norma “devemos obedecer às ordens do autor da Constituição” não retiraria a sua validade de outra norma, ela não seria válida dentro da ordem jurídica, estaria sobreposta ao ordenamento jurídico, com a finalidade unicamente de fundamentá-lo.

Dessa maneira, em um sistema jurídico constitucional, a norma que devemos obedecer à Constituição, embora não seja uma ordem expressa em nenhum enunciado, nem tenha o seu fundamento de validade a nenhum ato de vontade de alguma autoridade, nem tampouco da doutrina (Ciência do Direito), é um pressuposto indispensável para a fundamentação de validade das normas jurídicas desse ordenamento⁸⁸.

Embora a norma fundamental de Kelsen tenha o mérito de trazer o fundamento de validade do sistema jurídico a partir de uma norma não relacional e que, portanto, não é analisada a partir da sua validade. Essa explicação kelseniana de norma fundamental pressuposta não parece adequada para explicar a unidade do ordenamento jurídico, pois o afasta da realidade⁸⁹.

Refletindo com calma, a resposta da pergunta: por que devemos seguir a Constituição? Estaria baseada em uma norma pensada, não havendo, exceto o fato de que alguma explicação deve sustentar a ordem jurídica, outras justificativas para seguir essa norma.

Daí decorre a seguinte situação: devemos seguir as leis, pois elas estão de acordo com a Constituição; esta deve ser seguida, com base na norma fundamental, que, por sua vez, deve ser seguida, senão o sistema não ganha uma explicação adequada, não há um “fechamento”.

Dizer que essa é a única forma maneira de fundamentar a ordem jurídica, na verdade, é

⁸⁸ As palavras do autor ajudam a elucidar a questão: “Como a norma fundamental não é uma norma querida, nem mesmo pela ciência jurídica, mas é apenas uma norma pensada, a ciência jurídica não se arroga qualquer autoridade legislativa com a verificação da norma fundamental. Ela não prescreve que devemos obedecer às ordens do autor da Constituição. Permanece conhecimento, mesmo na sua verificação teórico-gnoseológica de que a norma fundamental é a condição sob a qual o sentido subjetivo do ato constituinte e o sentido subjetivo dos atos postos de acordo com a Constituição podem ser pensados como o seu sentido subjetivo, como normas válidas, até mesmo quando ela própria o pensa desta maneira. Com a sua teoria da norma fundamental a Teoria Pura do Direito de forma alguma inaugura um novo método de conhecimento jurídico. Ela apenas consciencializa aquilo que todos os juristas fazem – quase sempre inconscientemente – quando não concebem os fatos acima referidos como fatos causalmente determinados, mas pensam (interpretam) o seu sentido subjetivo como normas objetivamente válidas, como ordem jurídica normativa, sem reconduzirem a validade desta ordem normativa a uma ordem superior de ordem metajurídica – quer dizer: uma norma posta por uma autoridade supra-ordenada à autoridade jurídica -, quando concebem o Direito exclusivamente como Direito Positivo. A teoria da norma fundamental é somente o resultado de uma análise do processo que o conhecimento jurídico positivista desde sempre tem utilizado” KELSEN, 1998b, p. 228.

⁸⁹ Talvez tenha sido essa mesma intenção do autor, criar uma explicação válida para todo ordenamento jurídico (uma Teoria Pura para explicar o Direito), independente de qual seja o lugar e o tempo.

apenas um artifício usado para tentar ocultar a incapacidade da teoria kelseniana em explicar o Direito, que, por ser um fenômeno social, não pode ignorar a sociedade em que está inserida.

Outro autor que analisou o tema é Herbert Hart, que propõe a já referida regra de reconhecimento (remédio criado pelo autor para acabar com a incerteza de um ordenamento formado unicamente de regras primárias), cuja função básica seria “proporcionar os critérios para a determinação da validade de outras regras⁹⁰”.

Essa regra, tal qual a norma fundamental kelseniana, também não possui uma validade relacional, ou seja, não tem a sua validade estabelecida por nenhuma outra regra. Com isso, ela não pode ser nem válida ou inválida perante o sistema jurídico, visto que a validade ou não de uma regra depende da sua correspondência com a regra de reconhecimento. Então, estando ela em um nível diferente das demais normas, deve ter um tratamento diferente, não sendo analisada a partir da validade, mas da sua aceitação⁹¹.

Dessa forma, a regra de reconhecimento hartiana consiste basicamente numa “prática complexa, mas normalmente concordante dos tribunais, dos funcionários e dos particulares, ao identificarem o direito por certos critérios⁹²”. Isso significa que a regra de reconhecimento não advém de algo pressuposto (pensado), mas de um fato – as normas do ordenamento são aplicadas e regem aquela sociedade⁹³.

Hart, mesmo admitindo que a abertura da linguagem jurídica torne complexa a tarefa de analisar a existência da regra de reconhecimento, é bem claro em afirmar que ela existe (é um fato) e pode ser comprovada. Esse processo de comprovação, contudo, difere do aplicado em

⁹⁰ HART, 2001, p.118.

⁹¹ Hart explica bem a diferença de tratamento, afirmando: “Só necessitamos da palavra validade e só a usamos comumente para responder as questões que se colocam dentro de um sistema de regras onde o estatuto de uma regra como elemento do sistema depende de que ela satisfaça certos critérios facultados pela regra de reconhecimento. Uma tal questão não pode ser posta quanto à validade da própria regra de reconhecimento que faculta os critérios; esta não pode ser válida ou inválida, mas é simplesmente aceite como apropriada para a utilização. HART, 2001, p. 120

⁹² *ibid.* p. 121.

⁹³ Apesar das evidentes diferenças entre as teorias de Hart e Kelsen, não há dúvidas de que a função exercida pela norma fundamental e pela regra de reconhecimento são muito parecidas – justificar a aplicação do sistema jurídico, explicando por que ele deve ser seguido e servir como o elo que garante unidade ao ordenamento jurídico. Nesse sentido, Neil MacCormick: “A alegação de que a regra de reconhecimento cumpre um papel radicalmente diferente daquele desempenhado pela “Grundnorm” ou “norma fundamental” de Kelsen, é, até certo ponto, duvidosa, pois ambos os conceitos se referem àquilo que torna obrigatório tratar normas constitucionais como fundamentos válidos para a tomada de decisões. Que Kelsen trate disso como uma questão de simples “pressuposição”, enquanto Hart insiste em seu caráter convencional, é significativo em termos dos seus conceitos rivais de uma sólida metodologia de Teoria Geral do Direito. Mas a idéia de que há algo por trás da constituição formal é, significativamente, um ponto comum entre as duas teorias, e talvez Hart tenha exagerado um pouco em insistir sobre o quanto havia transcendido as idéias de Kelsen”. MACCORMICK, 2010, p. 152.

outras normas, visto que, diante de um ordenamento amadurecido, no qual há uma norma de reconhecimento, a afirmação de que uma regra subordinada existe não se limita a uma afirmação externa de que algo existe, isto é, não se avalia apenas se determinado padrão de conduta é tido como aceito pela sociedade. Uma regra pode ser válida e, neste caso, existir, mesmo quando seja ignorada, bastando para isso que se apóie em uma afirmação interna que aplique uma regra de reconhecimento aceita, mas não expressa, com base nos critérios de validade do próprio sistema⁹⁴. Assim, mesmo o fato dos tribunais em geral ignorarem determinada regra, não quer dizer que ela não faça parte do sistema jurídico, uma vez que se comprove a compatibilidade dela com a regra de reconhecimento.

No caso da regra de reconhecimento, o raciocínio a ser utilizado é outro, já que a asserção acerca da sua existência só pode ser feita por meio de uma afirmação externa ao fato, ou seja, a sua existência depende de uma prática complexa e concordante dos tribunais, funcionários e particulares.

Como já foi dito, Hart não ignora que o Direito seja um fenômeno complexo, com linguagem aberta, e, por isso, quando fala em prática concordante não quer dizer que todos adotem o mesmo entendimento sobre o que seja validade, mas que todos devam fundamentar suas decisões nas regras identificadas a partir dos critérios de validade contidos na regra de reconhecimento⁹⁵.

Essa teoria da regra de reconhecimento, além de normativista, uma vez a unidade do ordenamento se situa em uma regra e não em um órgão, é também realista, já que se trata de uma regra que existe unicamente enquanto aceita e seguida pelos órgãos de aplicação⁹⁶.

Quando comparada à teoria kelsenina, pode-se afirmar que Hart avança bastante na matéria, pois tira a explicação da unidade do ordenamento jurídico de um plano ideal (a regra de reconhecimento não é uma pressuposição, é uma questão de fato) e a insere na realidade da prática concordante dos tribunais. Apesar disso, o autor ainda insiste em explicar a unidade do ordenamento jurídico por meio de uma única norma. Tal unicidade não é necessária e acaba gerando explicações demasiadamente simplificadas para um assunto muito complexo. Ademais, acaba confundindo o fenômeno jurídico com a sua aplicação, esquecendo que o Direito não é produzido para os juízes, mas para a sociedade, fazendo com que essa explicação também não seja adequada para explicar a unidade do Direito.

⁹⁴ HART, 2001, p. 121.

⁹⁵ RUIZ MANERO, Juan. **Jurisdiccion y normas: dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 121.

⁹⁶ *ibid.* p. 122

Vale trazer também as contribuições de Alchourrón e Bulygin no tratamento do assunto. Quando falamos da existência da norma ao ordenamento jurídico, dissemos, na esteira desses autores, que uma norma pertenceria a um ordenamento jurídico, desde que tivesse sido criada por uma autoridade com poder normativo.

Embora isso seja correto, não há dúvidas de que ao falar desse conceito de existência, estávamos nos referindo apenas às normas que podem ter o seu fundamento de validade auferido por outra norma superior do sistema, não sendo a intenção tratar da unidade do ordenamento jurídico. Assim, esse conceito vale para todas as normas subordinadas, cuja validade é relativa, não sendo aplicado para fundamentar o sistema.

Sobre esse tema, Alchourrón e Bulygin também partem da noção de que o sistema jurídico não pode ser formado unicamente por regras válidas, já que a validade de uma norma jurídica é relacional. Para resolver esse problema, os autores introduzem a idéia de normas supremas, que assim como a norma fundamental ou a regra de reconhecimento, não seriam válidas ou inválidas, sendo as responsáveis por garantir a validade das demais normas jurídicas.

A diferença que se percebe nessa teoria é o fato do ordenamento jurídico não mais se fundamentar em apenas uma norma em seu topo, desfazendo-se o esquema de uma pirâmide, que levaria todo o fundamento de validade a uma norma fundamental. Nessa nova configuração, existiriam várias regras no topo do sistema, embora essa quantidade deva ser finita, até para o ordenamento ter uma identidade própria.

Com isso, uma norma poderia pertencer ao ordenamento jurídico em virtude de três motivos: porque é válida (foi promulgada por uma autoridade competente do sistema), sendo que essa validade deveria estar baseada em alguma norma suprema do ordenamento; porque é uma consequência lógica das normas supremas ou de normas válidas; e, por fim, porque é uma norma suprema, essas, vale repetir, presentes em um número finito, sendo elas que garantem a unidade e a identidade de um ordenamento jurídico⁹⁷.

Outro importante doutrinador que investigou o problema da unidade do ordenamento jurídico foi Canaris, que, seguindo um caminho um pouco diferente dos demais, não via no topo do ordenamento uma regra ou um conjunto de regras. Segundo ele, a conexão aglutinadoras de normas não pode consistir numa outra norma⁹⁸. Por isso, rejeitando que a fundamentação do Direito seja feita por uma regra, por axiomas ou por valores, o autor propõe que a conexão

⁹⁷ ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. 1997, p. 69/70.

⁹⁸ CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, 3ª edição, trad. Antonio Menezes Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 81.

orgânica entre os diversos elementos do ordenamento jurídico seja feita por meio de princípios gerais do direito⁹⁹.

Com essa proposta, a unidade do Direito não se daria mais por meio de uma categoria puramente formal, válida para todos os ordenamentos jurídicos. Pelo contrário, a sua visão tem em vista sempre uma ordem jurídica historicamente determinada. Por esse motivo, não se fala quais são os princípios que podem ser considerados como aqueles fundamentais, capazes de garantir a unidade do ordenamento, visto que isso dependerá da ordem jurídica que está sendo analisada.

Apesar disso, pode-se afirmar que nem todos os princípios serão tidos como “portadores de unidade”, com uma função sistematizadora. Alguns princípios possuem um âmbito menor, estando limitado a apenas um subsistema do Direito, como, por exemplo, o Direito das Obrigações. Embora isso aconteça, não há um afastamento desses princípios com os princípios gerais do ordenamento, havendo uma constante interação entre eles¹⁰⁰.

Interessante a contribuição de Canaris, que além da amplitude, ainda garante abertura ao ordenamento, ao definir em seu topo um conjunto de princípios¹⁰¹, que, conforme já foi dito, são normas essencialmente finalísticas, diferentemente das regras, nas quais prevalece a característica descritiva.

Esse raciocínio parece o mais razoável para explicar o fenômeno jurídico, enquanto historicamente determinado, já que o conteúdo dos princípios fundamentais de cada sociedade

⁹⁹ O termo princípios gerais do direito utilizado aqui não é o mesmo daquele descrito no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que está num contexto de mera integração das normas jurídicas em caso de lacunas. A utilização dada por Canaris dá uma importância muito maior aos princípios, considerando-os como os elementos capazes de dar unidade ao ordenamento.

¹⁰⁰ “Em qualquer caso, uma parte dos princípios constituintes do sistema mais pequeno penetra, como «geral», no mais largo e, inversamente, o sistema mais pequeno só em parte se deixa, normalmente, retirar dos princípios do mais largo. Assim, modifica-se a «generalidade» dum princípio com a perspectiva do ponto de vista”. CANARIS, 1996, p. 79

¹⁰¹ Alchourrón e Bulygin ao definir as normas supremas em sua obra “Sobre la Existência de las normas Jurídicas” não dizem se elas são regras ou princípios. Contudo, a impressão é de que eles estão falando em regras, tanto é que comparam a função de tais normas com a regra de reconhecimento e a norma fundamental: “Como veremos mais adelante, as normas supremas desempeñan pelo menos uma parte do papel atribuído à norma fundamental. O mesmo se pode dizer da norma básica de Ross e da regra (suprema) de reconhecimento de Hart. Porém, não há razões para sustentar, como parece fazer esses autores, que não haja mais de uma norma suprema em cada sistema. Esta exigência de unicidade não parece justificada. Nada se opõe a que haja várias normas supremas em um sistema, ainda que seja verdade que tenha que ser um número finito (precisamente por que elas são definidas por enumeração)”. (No original: “Como veremos más adelante, las normas supremas desempeñan por lo menos una parte del papel que Kelsen atribuye a su norma fundamental. Lo mismo cabe decir respecto de la norma básica de Ross y de la regla (suprema) de reconocimiento de Hart. Pero no hay razones para sostener, como parecen hacerlos estos autores, que no hay más que una norma suprema en cada sistema. Esta exigencia de unicidad no parece justificada. Nada se opone a que haya varias normas supremas en un sistema, aunque es verdad que su número tiene que ser necesariamente finito (precisamente porque se las define por enumeración)”. ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. 1997, p. 70.

variará de acordo com as circunstâncias, evitando-se de se recorrer a explicações pouco convincentes, como a norma fundamental.

Ademais, nessa visão, as regras não devem mais ser simplesmente aplicadas, independente da realidade social, devendo sua aplicação estar de acordo com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico. Com isso, espera-se evitar um ordenamento jurídico desconexo da realidade, devendo as normas jurídicas procurar sempre a sua fundamentação nos princípios fundamentais.

2.6 A CONSISTÊNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

O ordenamento jurídico é uma construção escalonada, na qual a unidade de suas partes é garantida por um conjunto de princípios fundamentais, que determina o paradigma normativo de determinada sociedade. Entretanto, ainda não foi investigada a questão da coerência entre as normas jurídicas. Nesse íterim, uma pergunta resume bem o que se pretende estudar: é possível que um ordenamento jurídico seja formado de normas contraditórias? Assim, basicamente será analisada a questão da antinomia entre normas jurídicas.

Para falar da incompatibilidade entre normas, é preciso enfrentar a intrincada questão da relação entre validade, pertença e aplicabilidade da norma jurídica. Já foi dito que o fato de uma norma pertencer a determinado sistema jurídico não implica necessariamente na sua validade. As condições para a sua pertença são: ter sido promulgada por uma autoridade competente do sistema, ser um dos princípios fundamentais que pairam sobre as outras regras (norma suprema) ou ser uma consequência lógica das normas supremas ou válidas. Nossa análise a seguir será limitada às normas promulgadas.

A validade foi usada no sentido de legalidade da norma, tanto formal (regularidade do procedimento de enunciação), quanto material (compatibilidade entre o conteúdo da norma e das normas superiores do ordenamento), diante dos fins previstos pelo ordenamento jurídico. Assim, é perfeitamente possível uma norma pertencer ao ordenamento, sem, contudo, ser válida. Dessa forma, quando um juiz cria uma sentença, por mais que seu conteúdo contrarie as normas superiores, ela passa a fazer parte do ordenamento e, com isso, pode gerar efeitos jurídicos relevantes, que não podem ser considerados inexistentes.

Nesse critério, é possível que uma norma pertença ao ordenamento, mas seja inválida, como uma sentença ilegal ou uma lei inconstitucional. Aceitar esse fato, todavia, não significa que as normas válidas e inválidas devam ser tratadas da mesma forma pelo aplicador do Direito. Isso quer dizer basicamente que a norma inválida pode até ser criada e inserida no sistema jurídico, mas só poderá ser expulsa com a criação de outra norma para essa finalidade. Apesar de fazer parte do sistema, ela não deve ser aplicada, pois viola as normas superiores que lhes dão sustentação. Entretanto, uma vez aplicada, seus efeitos jurídicos serão inevitáveis e podem se tornar definitivos (em virtude da autoridade da coisa julgada), só sendo possível sua anulação por meio de ferramentas fornecidas pelo próprio sistema.

Um exemplo ajuda a elucidar a questão: uma lei inconstitucional promulgada pelo Congresso Nacional integrará o sistema jurídico brasileiro, ao menos até que uma outra norma, como a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, a expulse do sistema. Mesmo diante dessa realidade, o magistrado não deverá aplicar tal diploma normativo, visto que ele fere as disposições de uma norma superior (a Constituição), não devendo fazer parte do sistema jurídico, mas como acabou inserido, não deve ser aplicado, pois é inválido. Caso o magistrado produza uma sentença com base nessa lei inconstitucional, então, ela também será inválida, embora também pertença ao sistema jurídico até ser anulada por uma outra norma (o recurso de um tribunal, por exemplo). Nessa situação, esse ato inválido do juiz poderá ganhar um caráter definitivo, pois no próprio ordenamento jurídico há a previsão da coisa julgada, que, com a finalidade de garantir estabilidade, tem como um dos seus efeitos tornar imutável o conteúdo do dispositivo da sentença, evitando uma rediscussão da matéria, ainda que a decisão tenha sido inválida.

É importante esclarecer que quando usamos o termo aplicação de uma norma jurídica, não ignoramos que ele também significa criação de uma norma inferior. Assim, dizer que o juiz não deve aplicar a norma superior viciada (lei inconstitucional – norma abstrata) é o mesmo de dizer que ele não deve criar uma norma inferior (norma concreta) contrária aos ditames constitucionais.

Então, a partir dessa análise, fica claro que toda a norma produzida possui implícita uma cláusula de que deve respeitar as normas superiores do ordenamento jurídico, sob pena de não ser permitida a sua aplicação pela autoridade competente. Isso não consegue prevenir que alguma norma inválida entre no sistema. Apesar disso, dizer que uma autoridade, sem autorização para tanto, inseriu incorretamente uma norma inválida no sistema é muito

diferente de dizer que a inserção de uma norma inválida é permitida. A possibilidade de produzir uma norma inválida é bem diferente da permissão para isso.

Admite-se que apesar dessa análise ser útil no que diz respeito à preservação das normas gerais e abstratas, ela fica muito prejudicada no que diz respeito às normas individuais e concretas, como as sentenças, que, em virtude das características do próprio ordenamento, ganham um caráter definitivo. De fato, como não é possível um controle *a priori* das normas jurídicas, muitas normas individuais podem entrar e se tornarem definitivas no sistema jurídico, sendo tal fenômeno apenas mais uma consequência da falibilidade humana.

Por fim, resta debater se a validade da norma estaria ligada ou não à decisão das autoridades normativas superiores. Explica-se: Kelsen, para comprovar a sua teoria acerca da impossibilidade de inconsistência no ordenamento jurídico, afirmava que uma norma inferior, qualquer que fosse o seu conteúdo, seria válida até a sua revogação por outra norma criada por uma autoridade superior. Com isso, apenas o próprio ordenamento jurídico poderia retirar essa validade, não sendo essa tarefa das partes nem de ninguém mais.

Desenvolvendo esse raciocínio, Lourival Vilanova¹⁰² tratou da separação entre Direito Positivo e Ciência do Direito, afirmando que esta seria apenas metalinguagem, incapaz de transformar o Direito Positivo. Sendo assim, a questão da validade não poderia ter esse caráter de legalidade defendido no presente trabalho, já que sendo apenas metalinguagem, não poderia provocar modificações no Direito Positivo e, portanto, até que uma autoridade superior declare determinada norma inválida, então ela seria válida, independente do conteúdo.

Apesar das observações acima, é muito importante reafirmar a validade como sinônimo de legalidade. Afinal, ainda que a Ciência do Direito não possa impedir a criação de normas inválidas, não se pode ignorar que há normas gerais no sistema e elas possuem força normativa. Ignorar esse fato é garantir um poder ilimitado ao aplicador do Direito, que não teria limites na sua tarefa¹⁰³.

¹⁰² VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o Sistema de Direito Positivo**. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 130-134.

¹⁰³ É preciso entender que o fato de o sistema jurídico eleger os juízes como intérpretes e aplicadores das normas gerais, não os torna criadores dessas normas. Como já foi dito anteriormente, a interpretação de uma norma não significa sua criação, mas compreensão do significado. Então, a relação entre aplicação e criação do Direito não pode ser confundida. Assim, a aplicação incorreta da norma geral influencia apenas na sua eficácia, embora a norma individual decorrente desse processo seja inválida (a questão da existência e validade, então diz respeito apenas à norma concreta e não à norma abstrata). Daí poderia surgir uma questão: quem está habilitado pelo sistema para dizer que a regra criada pelo juiz é inválida? De fato, não há ninguém com essa competência, afinal os juízes é quem teriam essa missão, quando eles não a cumprem com sucesso, então, o próprio sistema estabiliza os efeitos dessa decisão, tornando-a definitiva. Isso, contudo, não transforma em válida uma decisão inválida do magistrado (efeitos definitivos são diferentes de validade). Dessa maneira, uma decisão que contrarie

Assim, é preciso entender que, ao respeitar uma norma geral, não é a Ciência do Direito que está servindo de limite para o responsável pela aplicação da norma, mas o próprio Direito Positivo, cujas normas gerais possuem uma força normativa que não pode ser ignorada pelo aplicador do Direito.

Então, não é a autoridade normativa que determina a validade de uma norma inferior, mas a compatibilidade dela com as normas superiores do ordenamento jurídico. Validade é sinônimo de legalidade e, portanto, mesmo o órgão máximo do judiciário pode criar normas inválidas (nesse caso, tais normas entrariam no sistema e, em virtude de não poderem ser modificadas, consequentemente, provocariam efeitos jurídicos).

Essa tese também é compartilhada por Bulygin e Mendonça, que afirmam¹⁰⁴:

Agora bem, a constitucionalidade de uma lei não depende do que diga tal Tribunal e uma lei que não foi ditada por uma autoridade competente, seguindo determinado procedimento e em relação com determinada matéria, segue sendo inconstitucional, ainda que o Tribunal diga o contrário. Contudo, o pronunciamento do Tribunal Constitucional é que determina a aplicabilidade da norma. Se o Tribunal disse (erroneamente) que a lei é constitucional, a lei será aplicável, ainda que não seja válida no sistema. Esta tese, que pode resultar chocante a muitos juristas, é, porém, mera consequência lógica da definição de pertença das normas ao sistema ou validade das normas ao sistema. Uma norma é válida em um sistema se, e somente se, tiver sido ditada por uma autoridade competente, de acordo com certas regras e para regular determinada matéria, e não quando alguém disse que é válida, ainda que esse alguém seja o tribunal competente para decidir acerca da constitucionalidade das leis.

Portanto, o sistema jurídico pode ser formado por normas incompatíveis, entretanto, isso não garante total liberdade ao aplicador do Direito, que deve analisar a validade de uma norma antes de aplicá-la.

direitos básicos do indivíduo, como permitir a tortura de um acusado para que ele delate seus comparsas, serão inválidas diante do paradigma normativo da nossa atual sociedade, ainda que tal ato seja permitido por um tribunal superior.

¹⁰⁴ No original: “Ahora bien, la constitucionalidad de una ley no depende de lo que diga tal Tribunal y una ley que no fue dictada por una autoridad competente, siguiendo determinado procedimiento y en relación con determinada materia, sigue siendo inconstitucional, aunque el tribunal diga lo contrario. Pero es el pronunciamiento del Tribunal Constitucional el que determina la aplicabilidad de la ley. Si el Tribunal dice (erróneamente) que la ley es constitucional, la ley será aplicable, aunque no sea válida en el sistema. Esta tesis, que puede resultar chocante a muchos juristas, es, sin embargo, mera consecuencia lógica de la definición de pertenencia de las normas al sistema o validez en el sistema. Una norma es válida en un sistema si, y sólo si, ha sido dictada por autoridad competente, de acuerdo con ciertas reglas y para regular determinada materia, y no cuando alguien dice que es válida, aunque ese alguien sea el Tribunal competente para decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes”. BULYGIN, y MENDONCA, 2005, p.71.

2.7 A REVOGAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS

O termo revogação pode ser usado em vários sentidos¹⁰⁵, sendo no presente trabalho utilizado como a expulsão da norma do sistema jurídico. Josep Aguiló, investigando o assunto, traz uma importante diferenciação entre a formulação normativa nula e a revogação de normas.

Segundo o autor, no primeiro caso, a formulação normativa é nula, ou seja, não é válida, não podendo, por isso, ser considerada uma fonte do direito existente no sistema jurídico. Assim, uma lei inconstitucional, sequer poderia ser tratada como uma lei¹⁰⁶. Há, portanto, um juízo crítico a respeito do ato inválido.

Já na revogação de normas, a situação é bastante diferente, visto que não há que se falar em invalidade, pois, em geral, a formulação revogada seguirá cumprindo seu papel de fonte do Direito, pelo menos para os casos surgidos anteriores à revogação e pendentes de resolução. Além disso, não há qualquer irregularidade das normas revogadas¹⁰⁷.

Assim, a revogação e a anulação teriam funções diferentes no ordenamento, pois esta é vista como uma irregularidade, servindo como um limite para as mudanças normativas, enquanto aquela é um ato regular, que cumpre a função de permitir as modificações de enunciados e normas¹⁰⁸.

A revogação de normas sempre resulta na contração do sistema, valendo a pena comentar os casos da revogação expressa e tácita.

Começando pela revogação expressa, tida por parte da doutrina como a única forma possível de derrogação, que funciona como uma promulgação às avessas. Partindo da noção de que para uma norma válida pertencer a um determinado sistema jurídico, é preciso que ela seja inserida por um ato de uma autoridade normativa, decorra logicamente de outra norma (ou de

¹⁰⁵ O termo “revogação de normas” pode ter vários sentidos, dentre os quais a expulsão da norma do sistema jurídico (que é o utilizado no presente trabalho). Tárek Moussalém enumera os seguintes sentidos: “(1) ato; (2) efeito de tal ato e suas variantes; (2a) expulsão da norma do sistema (perda da validade); (2b) perda da vigência; (2c) perda da eficácia; (2d) perda da possibilidade de ser aplicada; (3) fato jurídico da repristinação (também como efeito do ato de revogação); (4) ab-rogação; (5) derrogação; (6) anulação; (7) conflito de normas; (8) nulidade; (9) negação; (10) dessuetude; (11) ato jurídico unilateral (revogação de mandato); (12) ato administrativo discricionário (no direito administrativo); (13) expressão descritiva como “a norma A foi revogada pela norma B”. MOUSSALEM, 2005, p. 171.

¹⁰⁶ AGUILÓ, Josep. **Sobre la derogación: ensayo de dinámica jurídica**. 2ed. México: Fontamara, 1995, p. 78.

¹⁰⁷ *ibid.*, p.78-79.

¹⁰⁸ As palavras do autor esclarecem bem a questão: “Lo anterior es el resultado de la diferente función que la nulidad y la derogación juegan dentro del orden jurídico. Ambas son instituciones centrales de la dinámica jurídica, pero mientras que la derogación cumple la función de hacer posible el cambio deliberado y regular de fuentes y normas, la nulidad cumple la de hacer efectivos los límites a las posibilidades de cambio legítimo”. *ibid.* p. 79.

um conjunto delas), podemos dizer que ocorre de forma semelhante no caso da revogação expressa, já que um enunciado retiraria do sistema outros enunciados expressamente indicados e, com isso, as normas neles expressas (não só as nele contidas de forma direta, mas também as normas derivadas deles também seriam retiradas do sistema).

Então, para a retirada de um enunciado E1 seria necessária a criação de outro enunciado E2, com a função específica de retirar E1 do sistema. Quando isso ocorresse, E2 retiraria do sistema não apenas as normas diretamente decorrentes de E1, mas também todas as normas que decorressem indiretamente de E1 (N2, que poderia ser decorrente da soma dos enunciados E1 e E3)¹⁰⁹. Assim, a revogação expressa seria a criação de um ato por uma autoridade competente, com a função específica de retirar outro enunciado do sistema jurídico.

Já revogação tácita ocorreria no caso de incompatibilidade entre duas normas jurídicas, que possuiriam soluções diferentes para resolverem o mesmo caso. Isso se daria, por exemplo, quando uma norma proibisse certa conduta e a outra permitisse. A doutrina costuma mencionar três critérios para a resolução desses conflitos de normas: o de que a lei superior revoga a inferior (*lex superior*); que a lei posterior revoga a lei anterior (*lex posterior*); e o de que a lei específica revoga a geral, ao menos naquela especificidade (*lex specialis*)¹¹⁰.

Há autores que questionam a existência da revogação tácita, afirmando que o simples conflito entre normas não acarreta a revogação de uma das normas conflitantes, sendo a revogação

¹⁰⁹ Alchourrón e Bulygin explicam muito bem a questão: “Uma última observação: a operação de revogar consiste na eliminação de um conjunto de normas formuladas do sistema (as que formam parte de uma derrogação mínima). Contudo, essa eliminação de normas formuladas repercute também nas normas derivadas: as normas derivadas para cuja derivação era necessária alguma das normas eliminadas, deixam de pertencer ao sistema. Analogamente com o que ocorre com a suma de normas, o sistema resultante de uma derrogação – ainda que o caso da derrogação completa, isto é, univocamente determinada – não é $Cn(\alpha) - Cn(\beta)$, donde α é um conjunto de normas formuladas do sistema e β o conjunto de normas formuladas que foram derogadas, senão $Cn(\alpha - \beta)$ é (quase sempre) sensivelmente menor que o conjunto $Cn(\alpha) - Cn(\beta)$, porque pode haver normas derivadas que não são consequências de β e que, mesmo assim, sejam eliminadas, porque β é necessário para sua derivação, e uma eliminado o conjunto β deixam de pertencer ao sistema como normas derivadas. (No original: “Una última observación: la operación de derogar consiste en la eliminación de un conjunto de normas formuladas del sistema (las que forman parte de una derogación minimal). Pero, esta eliminación de normas formuladas repercute también en las normas derivadas: las normas derivadas para cuya derivación era necesaria alguna de las normas eliminadas, dejan de pertenecer al sistema. Análogamente con lo que ocurre con la suma de normas, el sistema resultante de una derogación – aún en el caso de la derogación completa, es decir, unívocamente determinada – no es $Cn(\alpha) - Cn(\beta)$, donde α es el conjunto de las normas formuladas del sistema y β el conjunto de las normas formuladas que fueron derogadas, sino $Cn(\alpha - \beta)$ es (casi siempre), sensiblemente menor que el conjunto $Cn(\alpha) - Cn(\beta)$, porque puede haber normas derivadas que no son consecuencias de β y que, sin embargo, quedan eliminadas, porque β es necesario para su derivación, y una vez eliminado el conjunto β dejan de pertenecer al sistema como normas derivadas”). ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1997, p. 23.

¹¹⁰ Segundo Tárek Moussalém esses critérios somente podem ser aceitos como significativos para o Direito quando inseridos no enunciado-enunciado de um diploma normativo, não sendo fundamentos apriorísticos do Direito. MOUSSALEM, 2005, p. 195. Em sentido contrário, defendendo tais critérios como fundamentais BOBBIO, 1995, p. 92.

função de um terceiro elemento normativo, um ato de fala com a função específica de revogar alguma das normas conflitantes. Assim, não caberia ao intérprete realizar a revogação (daí é falsa a expressão interpretação ab-rogante), pois a retirada de um enunciado do sistema, só pode ser feito por outro enunciado, nunca pelo intérprete. Este pode, no máximo, deixar de aplicar o enunciado no caso concreto, realizando, com isso, uma espécie de *revogação in concreto*¹¹¹.

Sobre o assunto, é preciso fazer uma ponderação: embora no caso de conflito entre normas, de fato, não haja uma retirada formal do enunciado do sistema jurídico, que continua até que outro enunciado o retire expressamente do sistema, há uma perda de aplicabilidade por parte de um dos enunciados (a norma inferior, por exemplo) e essa inaplicabilidade (“revogação in concreto”) funciona, na prática, como uma revogação. Assim, ainda que formalmente o enunciado continue pertencendo ao sistema jurídico, na prática, ele não é aplicado¹¹², o que acaba gerando um efeito equivalente ao da revogação.

Dito isso, é preciso agora enfrentar a questão dos efeitos provocados pelo ato revogatório. O ato de revogação não retira imediatamente a norma do sistema jurídico, seu principal efeito é retirar a aplicabilidade da norma para eventos futuros. Com isso, a norma revogada continua a regular as situações dos casos ocorridos no passado, quando ainda representava a solução para o caso concreto.

Dessa maneira, é perfeitamente possível que uma norma, revogada, proibindo determinada conduta conviva no mesmo sistema jurídico com outra que permita tal conduta. O que não pode ocorrer é a aplicabilidade simultânea de ambas, ou seja, a primeira (revogada) cuidará apenas dos casos sob o seu intervalo de subsunção (passados), enquanto a outra regulará os casos futuros.

Um exemplo ajuda a esclarecer o raciocínio. Suponha que N1 vigore durante um tempo T1, até que outra norma N2 a revogue. Em T2, já com a norma N1 revogada, N1 perde a sua aplicabilidade para os eventos futuros, ou seja, o primeiro efeito da revogação é impedir a aplicação de N1 para fatos ocorridos em T2. Entretanto, não há como negar a aplicação de N1 para os eventos ocorridos em T1 que ainda não foram julgados, mesmo já estando em T2

¹¹¹ MOUSSALEM, 2005, p. 209.

¹¹² Essa inaplicabilidade da norma é tida por Alchourrón e Bulygin equivalente a uma forma de revogação dessas normas jurídicas, afinal “aqueles conteúdos normativos que são deixados de lado ao serem preferidos por outros de maior hierarquia são tão inaplicáveis (ainda que não se modifique o ordenamento jurídico) como se estivessem derogados” (No original: “Aqueles contenidos normativos que son dejados de lado al ser preferidos otros de mayor jerarquía son ton inaplicables (mientras no se modifique el orden jerárquico) como si estuvieran derogados”). ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Bulygin. **La concepción expresiva de las normas** en Análisis Lógico y Derecho, C.E.C., Madrid, 1991, p. 145.

(dessa forma, a validade e vigência se mantêm até que não existam mais esses atos no sistema). Apenas quando no tempo T2, não se puder mais aplicar o ato de fala revogado para os acontecimentos completados sob o seu intervalo de subsunção, é que se pode afirmar que o enunciado, que havia perdido a aplicação, já não faz mais parte do sistema jurídico.

Portanto, a revogação, como sinônimo de expulsão da norma do sistema jurídico, só ocorre com o exaurimento de todos os casos regulados pela norma, antes disso, a rigor, nem se poderia falar em revogação, apenas em perda da aplicabilidade para os casos futuros.

3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SÚMULA VINCULANTE

3.1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Antes de adentrar na temática envolvendo a súmula vinculante, é importante uma breve análise sobre o Supremo Tribunal Federal, que, afinal, é o responsável por editar tais enunciados. Sendo assim, o estudo será dividido em quatro partes: a natureza e missão constitucional do Supremo Tribunal Federal; a sua legitimidade; e os seus limites.

Com isso buscaremos demonstrar a importância da Suprema Corte no cenário jurídico brasileiro, o que nos ajudará a explicar a força normativa e a legitimidade da súmula vinculante.

3.1.1 A natureza e missão constitucional do Supremo Tribunal Federal

Para compreender a natureza do Supremo Tribunal Federal, é necessário entender o que é a Constituição, já que ela é a criadora do STF. Assim, pode-se dizer que a Constituição, entre as

normas válidas, está no ápice do ordenamento jurídico, servindo de fundamento de validade para todas as outras normas. Entretanto, ela não é apenas um documento jurídico, mas também a expressão de um ato político fundante.

Isso significa que ela não é uma simples lei com força superior, é, na verdade, o fruto de uma decisão política fundamental¹¹³, sendo que o objeto regulado pela Constituição é o exercício do Poder, a relação entre governantes e governados. Em virtude disso, não é possível entender os pressupostos normativos sem entender as razões que existem por trás deles.

Assim, a análise normativa da Constituição passa necessariamente por um enfoque sociológico, político e axiológico sem o qual não é possível entender os enunciados da carta constitucional. Essa inter-relação a faz um ato político figurado normativamente, sendo tal configuração o que lhe dá legitimidade, credibilidade e vinculatoriedade. Afastar a Constituição dessa visão é o mesmo que ignorar o paradigma normativo da sociedade na qual ela está inserida e isso significa ignorar os princípios jurídicos fundamentais que garantem a unidade do ordenamento jurídico.

Nesse cenário, o Supremo Tribunal Federal surge como o guardião da Constituição e, com isso, não só das suas normas, mas de todo o paradigma normativo desejado por ela¹¹⁴. Sendo assim, a Suprema Corte não pode ser encarada como um órgão que deve tomar somente decisões técnicas¹¹⁵, mas como uma autoridade política (e por isso, suas decisões, muitas vezes, também são políticas) que tem a responsabilidade de proteger a integridade do ordenamento jurídico. Dessa forma, ele acaba tendo uma função de controle sobre os outros Poderes, que estão submetidos à autoridade da Constituição, interpretada pelo STF¹¹⁶.

¹¹³ Quando se fala em política não se está tratando de uma visão partidária, mas da política enquanto relação de poder, como conflito entre as diversas ideologias da sociedade, como resultado da luta entre o grupo vencedor e vencido.

¹¹⁴ Falando desse paradigma normativo, Angel Rafael Mariño Castellanos: “A Constituição em tanto projeto político, normativo e ideológico expressa um certo *modus politico* convencionado como a forma de vida e organização para uma certa comunidade política num estágio de seu desenvolvimento e grau de civilização”. CASTELLANOS, Angel Rafael Mariño. **O STF e seus poderes**. Disponível em: <http://ordemepoder.blogspot.com/2010/11/ordem-e-poder-2-o-stf-e-seus-poderes.html>. Acesso em 15 de dezembro de 2010.

¹¹⁵ Quando falamos que o Supremo Tribunal Federal não deve tomar decisões puramente técnicas, não estamos dizendo que ele não deve respeitar as normas constitucionais. Esse respeito ao sentido literal do texto é um dos limites do STF, conforme se verá adiante. O que estamos defendendo é que sendo a Constituição um documento não apenas jurídico, mas também um projeto político e ideológico, suas regras devem ser interpretadas levando-se em conta essa situação. Assim, o STF buscará não apenas o sentido gramatical, mas também o teleológico da norma e para realizar essa tarefa, é preciso adentrar numa discussão que não se limita à técnica jurídica, abrangendo política, história, sociologia e etc.

¹¹⁶ Com o intuito de preservar a Constituição, o STF vem influenciando em decisões de caráter político que antes eram exercidas exclusivamente pelos demais poderes. Tal fenômeno ficou conhecido como a *judicialização da política* e antes de representar uma interferência, é na verdade uma proteção à Constituição. Para mais informações sobre essa judicialização da política: TEIXEIRA, José Elaeeres Marques. **A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal – STF**. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-

Assim, podemos dizer que o Supremo Tribunal Federal tem a função básica de realizar a leitura da Constituição de forma a preservar os seus valores ao mesmo tempo em que a atualiza (há, portanto, necessidade de interpretações evolutivas) para enfrentar os novos desafios de uma sociedade cada vez mais complexa¹¹⁷.

Angel Rafael Mariño Castellanos comenta o assunto:

Sobre o STF recai a responsabilidade política de zelar pela imortalidade normativa da Constituição e pela sua indisponibilidade política, premissas necessárias de sua força normativa superior e de sua supremacia política, respectivamente. A partir desse entendimento resulta coerente a afirmação de que ademais e sobre qualquer efeito jurídico que se pretenda atribuir às decisões do STF, deve-se primeiro, e principalmente destacar-se os efeitos políticos de tais decisões. Isto porque o STF é um órgão de poder e enquanto tal suas decisões são manifestações do exercício do poder. Como autoridade política o STF, por meio de suas decisões, garante a manutenção e reprodução do sistema político e da escolha política de o Constitucionalismo como forma de vida e organização da comunidade política brasileira. Essa dimensão de órgão de poder deixa ao STF comprometido com a continuidade política do sistema econômico em que se sustenta o poder político e a própria comunidade, isto é, o capitalismo. Ao tempo que o responsabiliza pela preservação de sua expressão normativo institucional: o Estado Constitucional¹¹⁸.

3.1.2 Legitimidade

Conforme já foi dito, a Constituição garante ao STF legitimidade para exercer suas funções, tendo tal legitimidade tanto um caráter jurídico quanto um caráter político. Nesse sentido, a legitimidade do Supremo Tribunal Federal não é menor que a do presidente da república, nem que a do Congresso Nacional, já que ele também é uma autoridade política responsabilizada e o fato das suas decisões acerca do controle de constitucionalidade possuir um viés político, não denota qualquer problema.

Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2004.

¹¹⁷ Essa reconstrução constante da Constituição nada mais é do que a comprovação do Direito como um fenômeno historicamente determinado. Konrad Hesse já dizia: “A Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo (...) A Constituição jurídica não se afigura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social” (HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 24). Por isso, o STF é muito importante, pois ele foi o escolhido para manter viva a força normativa da Constituição, impedindo que ela se transforme numa simples “folha de papel”.

¹¹⁸ CASTELLANOS, Angel Rafael Mariño. **O STF e seus poderes**. Disponível em: <http://ordemepoder.blogspot.com/2010/11/ordem-e-poder-2-o-stf-e-seus-poderes.html>. Acesso em 15 de dezembro de 2010.

Apesar disso, muitos questionam a legitimidade da Suprema Corte, uma vez que ela possui um amplo poder para ler e interpretar a Constituição, gerando o seguinte questionamento: teria o STF tem legitimidade democrática, por meio de uma interpretação extensiva (evolutiva), para ir contra a vontade constituinte? Arremata-se esclarecendo que os franceses, até hoje, não permitem aos juízes ir contra a vontade dos representantes do povo, demonstrando que não é impensável, mesmo nos dias atuais, um sistema em que o Poder Judiciário não exerça o controle de constitucionalidade das leis¹¹⁹.

Essa legitimidade pode ser explicada primeiramente pela previsão expressa da Constituição, que elegeu o Supremo Tribunal Federal como seu intérprete e guardião, com a função de interpretá-la e fazê-la evoluir, a fim de que ela mantenha sempre a sua supremacia¹²⁰. É preciso entender que legitimidade não se resume à escolha de representantes eleitos por uma maioria¹²¹, vai mais além, como, por exemplo, respeitar a vontade constituinte, como a escolha do STF para interpretar a Constituição. Então, a primeira razão da legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal é que ela deriva do próprio Poder Constituinte.

Ademais, o STF e seus ministros possuem uma grande legitimidade democrática por derivação. Afinal, indicação é feita pelo Presidente da República, que é a autoridade mais democrática do sistema presidencialista, sendo confirmada pelo Senado, composto por representantes dos Estados Federados. Assim, os que indicam e aprovam desfrutam de uma ampla legitimidade democrática¹²².

¹¹⁹ No Direito francês não é o Poder Judiciário que realiza o controle de constitucionalidade, mas um Conselho Constitucional formado politicamente por nove membros (três indicados pelo presidente da República, três pelo presidente da Assembleia Nacional e três pelo presidente do Senado).

¹²⁰ Angel Rafael Mariño Castellanos assevera que “Seja pelo controle difuso, seja pelo concentrado, o STF é sempre a última palavra quanto ao alcance da Constituição. Não existe com essa situação nenhuma usurpação de poder e muito menos algo ilegítimo, já que a ela se chegou justamente a partir das prerrogativas que a própria Constituição confere aos membros da corte constitucional brasileira”. CASTELLANOS, Angel Rafael Mariño e FACHETTI, Gilberto. **RECONSTRUÇÃO DO PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: INTERFACES DA SÚMULA VINCULANTE E DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL** in Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília, 2008, p. 7539.

¹²¹ Falando sobre as diferenças entre princípio da maioria, democracia e a legitimidade do Judiciário TROPER, Michel. **El Poder Judicial y la Democracia**. Trad. Rolando Tamoyo y Salmorán. Disponível: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529789055928540035/isonomia18/isonomia18_03.pdf> Acesso em 07 de fevereiro de 2011.

¹²² Angel Rafael Mariño Castellanos opina nesse sentido, afirmando: “Claro que toda essa formulação incita à discussão sobre a legitimidade democrática do STF para ter tanto poder e representativa constitucional sendo compostos de agentes públicos não eleitos pela população. Todavia, com essa formulação se esqueça ou se da pouca relevância a duas questões, a saber: (i) que o STF é compostos de Ministros, certamente, indicados com exclusividade pelo Presidente da República, mas eleito e confirmado pelo Senado. O que significa que cada deles desfruta de ampla legitimidade democrática que seja por derivação. Justamente derivada das duas instituições com maior legitimidade democrática republicana, ou seja, o Presidente da República e federativa, isto é, o Senado Federal; (ii) que vem diretamente da vontade constituinte e da vontade da Constituição essa legitimidade democrática. Tampouco pode ser ignorado que a Constituição determina certa qualidade para poder ser indicado pelo Presidente e que elas são o desenho de um verdadeiro e pleno cidadão, cuja indicação já reflete e contem procedimentos democráticos que legitimam. Igualmente, que o candidato a Ministro resulta sabatinado

Além disso, as decisões do Supremo Tribunal Federal decorrem de um debate institucionalizado que, mesmo indiretamente, sempre permite a participação da sociedade. Tal situação está intimamente ligada ao princípio da inércia¹²³, que não permite ao magistrado, incluindo o STF¹²⁴, agir de ofício, devendo ser provocado para poder atuar. Aliada a isso, está a necessidade de justificar as suas decisões, essa argumentação, sem dúvida, cria um ambiente de maior segurança e paz social, pois as pessoas poderão entender por que razões o STF (e o Poder Judiciário em geral) tomou determinada decisão.

3.1.3 Limites

Diante do exposto, é inquestionável o poder de que dispõe o STF, entretanto, isso vem acompanhado de algumas limitações, com o intuito de controlar a sua atuação. Uma delas, de natureza institucional, é a possibilidade de o Congresso ter uma atuação livre, a despeito das decisões do Supremo Tribunal Federal. Um exemplo ajuda a elucidar a questão: supondo que vários municípios cobrem uma contribuição de iluminação pública e o STF considere essa cobrança inconstitucional. Apesar dessa decisão, nada impede o Congresso Nacional de votar uma Emenda Constitucional permitindo tal cobrança, que, por estar expressa na Constituição, não poderá mais ser considerada inconstitucional (a não se que o STF considere a própria Emenda como inconstitucional, o que não ocorreu no caso da Emenda 39/2002, na qual ocorreu exatamente essa situação).

Além disso, há uma limitação na própria letra da Constituição (o sentido literal dos textos sempre impõe um limite à interpretação). Por mais que haja conjecturas, as palavras possuem

e precisa obter maioria de votos dos Senadores”. CASTELLANOS, Angel Rafael Mariño. **O STF e seus poderes**. Disponível em: <http://ordemepoder.blogspot.com/2010/11/ordem-e-poder-2-o-stf-e-seus-poderes.html> Acesso em 15 de dezembro de 2010.

¹²³ Hermes Zaneti, comentando sobre o princípio da inércia explica que “A Constituição Federal, ao definir que todo poder emana do povo, expressamente indicou as formas de seu exercício representativo no Poder Legislativo e Executivo, restando ao Poder Judiciário, em decorrência da inércia como princípio basilar, o compromisso de prestar a jurisdição quando provocado pela forma direta, sempre nos limites do litígio e criando a solução para as partes envolvidas, mediante princípios de direito. Essa realidade coloca o Judiciário à frente da discussão, podendo realizar a democracia participativa ou compelir a soluções que considerem a cidadania, principalmente levando-se em consideração a abertura possível, em razão do contemporâneo processo constitucional e das ações coletivas, com a legitimação de formações sociais e entes exponenciais da sociedade”. ZANETI JUNIOR, 2007, p. 137-138.

¹²⁴ Quando se fala nesse princípio da inércia não se ignora que a súmula vinculante pode ser editada de ofício pelo Supremo Tribunal Federal. Entretanto, mesmo a súmula vinculante não é criada livremente pelo STF, ela depende de reiteradas decisões sobre matéria constitucional (tais decisões não ocorrem de ofício, sendo sempre por meio de provocação). Dessa forma, a súmula vinculante, longe de ser uma criação instantânea, é fruto de um amadurecido debate sobre o qual a Suprema Corte se pronunciou diversas vezes sobre o assunto. Assim, mesmo que indiretamente, também no caso das súmulas vinculantes há incidência desse princípio da inércia.

um significado mínimo que devem ser respeitados¹²⁵. Nesse ponto, deve ser ressaltada a grande dificuldade do STF, que deve interpretar a Constituição adaptando-a aos novos tempos, ao mesmo tempo em que precisa preservá-la para que ela não seja violentada e se afaste do paradigma normativo preconizado por ela mesma.

Outro limite importante é a opinião pública. Com esse termo, não estamos nos referindo simplesmente à mídia, mas à sociedade, que acredita na força normativa da Constituição e segue vigilante diante da postura do Supremo Tribunal Federal. Assim, o STF está sob permanente controle da sociedade, não podendo ignorá-la em sua atuação.

Um quarto limite são as competências dos outros dois Poderes, além da restrição da sua competência no molde desenhado pela Constituição. Dessa maneira, há coisas que o STF não pode fazer, pois são atribuições dos outros Poderes, como, por exemplo, modificar o texto constitucional. Analisando uma Emenda o STF pode até declará-la inconstitucional (devendo respeitar o procedimento previsto na ordem jurídica para a tomada de suas decisões), mas não pode promulgar uma nova emenda.

Por fim, uma última limitação são os princípios da inércia e a obrigação de justificar as suas decisões. Essas, além de representarem limites também garantem a legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, conforme visto anteriormente. Essa necessidade de fundamentação e vinculação ao Direito também diferencia o Judiciário, incluindo o STF, dos outros Poderes do Estado, que não possuem tais limitações. O Poder Legislativo, formado pelos representantes eleitos pelo povo, não precisa justificar, por exemplo, por que a pena de furto é de um a cinco anos. Já o Judiciário para condenar um acusado de cometer furto precisa, na sentença, especificar as razões de estar fixando três e não cinco anos.

3.2 BREVE HISTÓRICO DA SÚMULA VINCULANTE

¹²⁵ CASTELLANOS, Angel Rafael Mariño. **O STF e seus poderes**. Disponível em: <http://ordemepoder.blogspot.com/2010/11/ordem-e-poder-2-o-stf-e-seus-poderes.html>. Acesso em 15 de dezembro de 2010.

Não há dúvidas de que a jurisprudência¹²⁶ do Supremo Tribunal Federal é bastante valorizada, servindo como diretriz e fundamento de validade das decisões dos órgãos inferiores do sistema. Essa força normativa da Suprema Corte, entretanto, não foi um fenômeno instantâneo, sendo fruto de um longo processo de maturação, que culminou com a adoção da súmula vinculante.

Pode-se dizer que o Brasil, tradicionalmente adepto da *civil law*, sempre teve a lei como principal instrumento para resolução de conflitos, tendo a jurisprudência dos Tribunais pouca relevância, sendo, muitas vezes, deixada em segundo plano pelos magistrados.

O sistema romanístico ou da *civil law*, possui as seguintes características: a não vinculação dos juízes inferiores aos tribunais superiores em termos de decisões; os juízes de igual instância não estariam mutuamente vinculados, podendo decidir casos semelhantes de maneira diferente; juízes e tribunais não estariam vinculados sequer às próprias decisões, podendo, a qualquer momento, mudar de orientação; o juiz deveria julgar de acordo com a lei, não estando preso aos precedentes¹²⁷. Dessa forma, a *civil law* estrutura-se sobre uma normatização geral, abstrata e não-causuística, havendo preocupação em descobrir como a lei regulamentou determinado assunto, não tendo a jurisprudência grande prestígio nesse modelo¹²⁸.

¹²⁶ O termo jurisprudência, nesse caso, está sendo usado como a tese fixada por um conjunto de decisões reiteradas e uniformes de determinado tribunal sobre alguma matéria. Rodolfo Camargo Mancuso leciona que a expressão comporta, hoje, basicamente, três acepções: “num sentido comum representa a somatória indiscriminada do produto judiciário, isto é, a grande massa de decisões, de mérito ou não, consonantes e discrepantes, terminativas ou finais, prolatadas por órgãos singulares ou colegiados, em todo o país e em todas as Justiças. Numa palavra, é a totalização do resultado final da função jurisdicional do Estado; num sentido mais técnico-jurídico, trata-se de uma sequência ordenada de acórdãos consonantes sobre certa matéria, prolatados num dado Tribunal ou numa certa Justiça. Nesse senso, pode-se falar, por exemplo, que a jurisprudência atual do STJ tem prestigiado o instituto da União estável (...); por fim, num sentido potencializado, a jurisprudência atinge seu ponto ótimo de eficácia, quando, após resolvido o caso concreto, a tese fixada se destaca, projetando efeitos em face de outras demandas, virtuais ou pendentes, assim projetando uma eficácia pan-processual. Tal se dá, observadas certas condições, tanto no controle de constitucionalidade do STF (CF, art. 102, §2º, RISTF, art. 101) como no plano infraconstitucional, quando a jurisprudência assentada se exterioriza em súmula (CPC, art. 479), passando a projetar relevantes efeitos pan-processuais: dispensa a indicação de outros julgados sobre o mesmo tema (RISTJ, art. 124); autoriza o relator a negar seguimento a recurso contrário à tese sumulada, ou a dar-lhe provimento, quando interposto acórdão dissonante de súmula (art. 557, do CPC)”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 130.

¹²⁷ *ibid.* p. 211

¹²⁸ O Brasil embora ligado à tradição da *civil law* nunca foi totalmente indiferente ao precedente. Para comprovar isso, basta observar as Ordenações Manuelinas (Livro V, Título 58, §1º) onde se previa os Assentos, que eram proposições gerais e abstratas produzidos pela Casa de Suplicação, com a finalidade de dirimir dúvidas jurídicas articuladas durante os casos submetidos àquela Corte. Tal construção foi mantida pelas Ordenações Filipinas (Livro I, Título 5, §5º) e com a Lei da Boa Razão, os assentos foram equiparados à lei. Mesmo após a independência o Brasil, por meio do Decreto 6142/1876 reviveu o instituto, que só foi extinto com a proclamação da república. DEMO, Roberto Luis Luchi. **O resgate da súmula pelo Supremo Tribunal Federal**. Revista CEJ. Brasília, DF, n. 24, ano 8, p. 81-86.

Com a Constituição de 1891, inspirado na Suprema Corte dos Estados Unidos, foi criado o Supremo Tribunal Federal a fim de se tornar o órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro.

Nesse cenário, buscava-se uma aproximação com o modelo americano, baseado na *common law*, cujas principais características são: a obrigatoriedade dos tribunais inferiores de respeitar as decisões dos tribunais superiores; toda a decisão de um tribunal deve ser levada em consideração pelos juízes como um forte argumento para a decisão; o que vincula no precedente é a *ratio decidendi*, ou seja, o princípio geral de direito que temos de colocar como premissa para fundamentar a decisão; por fim, um precedente não perde a sua vigência pelo simples transcorrer do tempo, ele permanece válido, podendo ser invocado enquanto demonstre utilidade para resolução de um caso concreto¹²⁹. Assim, o raciocínio *a priori* é repudiado, sendo que a principal preocupação do julgador seria descobrir se algum precedente já resolveu um caso semelhante.

Não há dúvidas de que um passo importante foi dado para essa aproximação, sendo possível identificar alguns traços da *common law* no ordenamento jurídico brasileiro já no século XIX¹³⁰, entretanto, a jurisprudência, mesmo do Supremo Tribunal Federal, continuava em segundo plano, já que o *stare decisis* não foi adotado. Logo, os juízes permaneciam com ampla liberdade para ignorar as decisões dos Tribunais Superiores¹³¹.

Durante a primeira metade do século XX houve um fortalecimento do STF, que teve a sua competência ampliada e passou a exercer um papel ainda mais relevante no cenário jurídico brasileiro¹³², mas o poder da jurisprudência continuava bastante limitado. Durante esse

¹²⁹ FERRAZ JR., 2008, p. 209-210.

¹³⁰ Embora o Brasil tenha adotado algumas ferramentas da *common law* ainda na Constituição de 1891, como o controle difuso de constitucionalidade e a criação do Supremo Tribunal Federal como o último revisor do controle de constitucionalidade das leis, o precedente nunca foi valorizado como na *common law*, não sendo adotado o *stare decisis*, valorização que só passou a ocorrer com a Constituição de 1988 e as reformas sucessivas, de caráter constitucional e infraconstitucional, ocorridas no direito processual brasileiro.

¹³¹ Nagib Slaibi Filho ilustra a postura dos juízes da República Velha, ainda apegados às práticas da civil *law* e, por isso, avessos às mudanças pretendidas pela Constituição de 1891: “A República velha teve a honra de introduzir em nosso sistema o controle judicial de constitucionalidade, como herança do padrão estadunidense de organização do Poder. Mas esse controle, naquele período, foi muito restrito, quase inexistente, não só pela formação privatística do juiz acostumado ao sistema jurídico do Civil Law, como pela falta de instrumentos jurídicos que permitissem aos tribunais - e principalmente o Supremo Tribunal Federal - a plena efetividade de tais funções” SLAIBI FILHO, Nagib. **Breve história do controle de constitucionalidade**. Disponível em: http://www.nagib.net/artigos_texto.asp?tipo=2&area=1&id=40. Acesso em 14 de novembro de 2010.

¹³² Como exemplos desse fortalecimento, podemos citar a manutenção da possibilidade do judiciário controlar os demais poderes, a criação do mandado de segurança e da ação popular. Ademais, com a Constituição de 1946 foi produzida a regra da inafastabilidade da jurisdição, chamada de cláusula aberta do controle judicial, pois se trata de norma que não contém uma determinação específica de suporte fático nem uma consequência jurídica expressamente prevista no texto, portanto, voltada à consecução dos objetivos de controle de poder no Estado Democrático de Direito. Isso, sem dúvida, aumentou substancialmente a participação e relevância do Poder Judiciário e, conseqüentemente, do STF na sociedade.

período surgiram os chamados prejudgados, que visavam à uniformização da jurisprudência. As legislações estaduais de Minas Gerais (art. 22 da Lei 17/1891) e São Paulo (art. 1126 do Código de Processo Civil e Comercial) apresentavam essa previsão, que foi repetida pelo art. 861 do Código de Processo Civil de 1939, sendo que nenhuma delas apresentava um caráter vinculante. Em âmbito nacional o art. 902 da CLT e o art. 4717/65 do Código Eleitoral previram prejudgados com força vinculante, embora nenhum desses diplomas legislativos tenha causado impacto o bastante para alterar significativamente o quadro jurídico brasileiro, sendo ambos declarados inconstitucionais posteriormente¹³³.

Essa realidade, todavia, ganhou novos contornos com a criação das súmulas do Supremo Tribunal Federal, que, buscando uniformizar a jurisprudência, editava uma série de enunciados interpretativos do ordenamento jurídico, orientando o julgador sobre qual a melhor decisão para resolver determinado caso concreto¹³⁴. Victor Nunes Leal, idealizador da súmula, buscava dois objetivos com esses enunciados: divulgar a jurisprudência e acelerar os julgamentos¹³⁵. Em 1973, o anteprojeto do Código de Processo Civil, de autoria de Alfredo Buzaid, tentou ressuscitar os antigos Assentos, mas fracassou diante da grande oposição da doutrina, que considerava tal construção inconstitucional. Diante disso, foi adotado o expediente de uniformização de jurisprudência, regulado nos artigos 476 e seguintes, que, contudo, jamais alcançou o impacto que se pretendia¹³⁶.

Em 1965, com a Emenda Constitucional 16, foi criada a representação contra inconstitucionalidade ou ato de natureza normativa, que mais tarde originaria a Ação Direta de Inconstitucionalidade. Isso foi muito importante, pois garantia ao STF a possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade (antes disso, a única ação de caráter abstrata era a interventiva). Essa declaração de inconstitucionalidade (tanto abstrata quanto concreta),

¹³³ O art. 902 da CLT foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal pela Representação 946 em 1977, sendo revogado pela Lei 7033/82, passando tais prejudgados à categorias de simples enunciados. Já o art. 263 do Código Eleitoral foi considerado inconstitucional pelo Tribunal Superior Eleitoral no Acórdão 12501/93.

¹³⁴ Não há dúvidas de que embora não existisse uma normatividade positivada nas súmulas, havia um poder vinculante de fato, afinal, o magistrado diante de uma situação já tratada por uma súmula do Supremo Tribunal Federal tinha apenas duas opções: ou seguir o entendimento, muitas vezes sem concordar inteiramente, e ter a sua decisão mantida pelas instâncias superiores ou manter a sua posição e provavelmente ter a sua decisão reformada. Barbosa Moreira comenta o assunto: “Embora nenhuma disposição legal conferisse eficácia vinculativa às proposições insertas na Súmula, ela veio a exercer, na prática, enorme influência nos julgamentos, quer de juízos de primeiro grau, quer dos tribunais. Não foram freqüentes as sentenças e os acórdãos que se animaram a discrepar de alguma tese constante da Súmula” MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Súmula, Jurisprudência, Precedente: uma Escalada e seus Riscos**. in: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, RS, ano 6, n. 35, p. 5-16, Mai-Jun 2005.

¹³⁵ DIAS, Marcus Gil Barbosa. **Controle de constitucionalidade e política judiciária: evolução histórica das súmulas no Supremo Tribunal Federal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1276, 29 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9268>>. Acesso em 23 de fevereiro de 2010.

¹³⁶ MOREIRA, 2005, p. 7.

porém, não era automática, devendo passar pelo Senado para que ele editasse uma resolução, nos moldes da feita atualmente pelo art. 52, X, da Constituição, no caso de controle difuso. Posteriormente, com a Representação 933, que, mais tarde, ganhou respaldo constitucional com a Emenda Constitucional nº 7 de 1977, o Supremo Tribunal Federal passou a não depender mais da “chancela” do Senado para poder retirar do sistema jurídico normas inconstitucionais.

Há que se levar em conta que o Brasil estava no meio de uma ditadura militar e, com isso, a atuação da Suprema Corte deveria se adequar a tal regime. Ademais, o fato de apenas um legitimado (Procurador Geral da República) poder provocar a representação de inconstitucionalidade também contribuiu para a pouca utilização de tal expediente, normalmente em temas bastante restritos. Entretanto, já estava plantada a semente para que o STF se tornasse um verdadeiro Tribunal Constitucional futuramente.

Com o fim da ditadura militar, a promulgação da Constituição de 1988 e a mudança de nosso paradigma normativo, essa importância do STF aumentou ainda mais, tendo em vista que a carta constitucional deixou de ser uma idealização irrealizável e espalhou seus princípios por todos os ramos do Direito¹³⁷, sendo o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição, responsável por garantir a sua autoridade¹³⁸.

¹³⁷ Daniel Sarmento comenta o assunto: “A Constituição não é vista mais como uma simples *norma normarum* - cuja finalidade principal é disciplinar o processo de produção de outras normas. Ela passa a ser enxergada como a encarnação dos valores superiores da comunidade política, que devem fecundar todo o sistema jurídico. Neste modelo, cabe ao intérprete não só aplicar diretamente os ditames constitucionais às relações sociais, como também reler todas as normas e institutos dos mais variados ramos do Direito à luz da Constituição, emprestando-lhes o sentido que mais promova os objetivos e a axiologia da Carta”. SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 12 de setembro de 2010.

¹³⁸ Luis Roberto Barroso destaca a diferença evolutiva entre o desenvolvimento do direito constitucional europeu e brasileiro, que teve seu desenvolvimento adiado em virtude da ditadura militar, sendo a Constituição de 1988 o marco para a virada da nossa história constitucional. O autor afirma que: “A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional. No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito”. BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em 12 de novembro de 2010.

Com isso, houve a separação entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Enquanto este seria responsável por ser o intérprete da legislação infraconstitucional, caberia ao Supremo Tribunal Federal a função unicamente de cuidar da Constituição, ganhando um novo significado, afinal deixou de ser apenas mais um Tribunal Superior e passou a ser, de fato, uma Corte Constitucional.

Apesar disso, as decisões do STF ainda não possuíam caráter vinculante, podendo ser desafiadas por qualquer magistrado, o que certamente atentava contra a segurança jurídica. Nem mesmo as súmulas possuíam força normativa, sendo apenas orientações jurisprudenciais, destituídas de qualquer caráter prescritivo¹³⁹.

Em virtude disso, uma série de reformas de caráter constitucional e infraconstitucional foi implementada para fortalecer a jurisprudência dos Tribunais Superiores, especialmente a do STF.

Em nível infraconstitucional, podemos citar a Lei 8038/1990 que tornou competente o STF e o STJ para negar seguimento a pedido ou recurso que contrariasse, “nas questões

¹³⁹ O AI 179560 é conclusivo a esse respeito, demonstrando claramente que, mesmo após a Constituição de 1988, as súmulas possuíam caráter apenas de orientação, não tendo o magistrado qualquer obrigatoriedade de seguir tal entendimento, conforme se verifica na seguinte ementa: AI 179560 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO; AG.REG.NO AGRADO DE INSTRUMENTO; Relator(a): Min. CELSO DE MELLO; Julgamento: 23/04/1996; Órgão Julgador: Primeira Turma E M E N T A: AGRADO DE INSTRUMENTO - TRASLADO INCOMPLETO - AUSÊNCIA DE CERTIDÃO COMPROBATÓRIA DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - FUNÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL DO AGRADO DE INSTRUMENTO DEDUZIDO CONTRA DECISÃO QUE NEGA TRÂNSITO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - SÚMULA 288/STF - APLICABILIDADE - A SÚMULA COMO RESULTADO PARADIGMÁTICO PARA FUTURAS DECISÕES - AGRADO IMPROVIDO. TRASLADO INCOMPLETO - PROVA DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - SÚMULA 288. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de considerar incompleto o traslado a que falte, dentre outras peças essenciais à compreensão global da controvérsia, a necessária certidão comprobatória da tempestividade do recurso extraordinário. Aplicabilidade da Súmula 288/STF. Precedentes de ambas as Turmas do STF. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SÚMULA 288/STF. - Não ofende o princípio da legalidade a decisão que, ao interpretar o ordenamento positivo em ato adequadamente motivado, limita-se, sem qualquer desvio hermenêutico, e dentro dos critérios consagrados pela Súmula 288/STF, a considerar como "essencial à compreensão da controvérsia" a peça referente à comprovação da tempestividade do recurso extraordinário. A SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE DO SUPREMO TRIBUNAL. - A Súmula - enquanto instrumento de formal enunciação da jurisprudência consolidada e predominante de uma Corte judiciária - constitui mera proposição jurídica, destituída de caráter prescritivo, que não vincula, por ausência de eficácia subordinante, a atuação jurisdicional dos magistrados e Tribunais inferiores. A Súmula, em consequência, não se identifica com atos estatais revestidos de densidade normativa, não se revelando apta, por isso mesmo, a gerar o denominado "binding effect", ao contrário do que se registra, no sistema da "Common Law", por efeito do princípio do "stare decisis et non quita movere", que confer e força vinculante ao precedente judicial. - A Súmula, embora refletindo a consagração jurisprudencial de uma dada interpretação normativa, não constitui, ela própria, norma de decisão, mas, isso sim, decisão sobre normas, na medida em que exprime - no conteúdo de sua formulação - o resultado de pronunciamentos jurisdicionais reiterados sobre o sentido, o significado e a aplicabilidade das regras jurídicas editadas pelo Estado. - A formulação sumular, que não se qualifica como "pauta vinculante de julgamento", há de ser entendida, consideradas as múltiplas funções que lhe são inerentes - função de estabilidade do sistema, função de segurança jurídica, função de orientação jurisprudencial, função de simplificação da atividade processual e função de previsibilidade decisória, v.g. (RDA 78/453-459 - RDA 145/1-20) -, como resultado paradigmático a ser autonomamente observado, sem caráter impositivo, pelos magistrados e demais Tribunais judiciários, nas decisões que venham a proferir.

predominantemente de direito, Súmula do respectivo tribunal¹⁴⁰”. Ademais, a Lei 9139/1995 alterou o art. 557 do Código de Processo Civil, garantindo ao relator poder para negar seguimento a qualquer recurso “contrário à súmula do respectivo tribunal superior”. Por fim, vale citar ainda a Lei 9756/1998, que tornou o relator competente não apenas para negar seguimento a recurso, como também quando em confronto com súmula ou jurisprudência predominante do respectivo tribunal, do STF ou de Tribunal Superior. Tal diploma permitia ainda ao relator, por decisão monocrática, dar provimento ao recurso sempre que a decisão recorrida se achasse em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF, ou de Tribunal Superior¹⁴¹.

Em nível constitucional foi criada a Ação Declaratória de Constitucionalidade em 1993, por meio da Emenda Constitucional nº 3, cuja decisão possuía caráter vinculante. Embora tenha sido questionada a constitucionalidade dessa ação¹⁴², a verdade é que ela garantia segurança jurídica e a autoridade necessária para que de fato o Supremo Tribunal Federal pudesse assumir a sua função de guardião da Constituição. Após isso, já em 1998 a Lei 9.868, por meio do seu artigo 28, estendeu o efeito vinculante também às decisões das ações diretas de inconstitucionalidade. Em 1999 também foi estendido o efeito vinculante também às ADPFs, conforme se verifica no artigo 10, §2º, da Lei 9882.

Por fim, a Emenda Constitucional 45 de 2004, além de constitucionalizar as inovações trazidas nas Leis 9868/98 e 9882/99, introduziu no Brasil o instituto da súmula vinculante¹⁴³,

¹⁴⁰ Lênio Streck considerou plausível a tese da inconstitucionalidade dessa lei. Segundo o autor: “Logicamente, partindo-se da premissa de que o artigo 5º, II, da Constituição Federal é corolário do tipo de sistema jurídico adotado no Brasil, tal seja, o do primado da lei (*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*), não é temerário sustentar a inconstitucionalidade do disposto no artigo 38 da citada lei federal”. STRECK, Lenio Luiz. **Sumulas no direito brasileiro : eficácia, poder e função**: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2. ed. rev. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 148.

¹⁴¹ MOREIRA, 2005, p. 7.

¹⁴² O ministro Marco Aurélio questionou a constitucionalidade do instituto no julgamento da ADC 1, afirmando em seu voto: “Sr. Presidente, sob a minha ótica e com a vênica dos que pensam em contrário, a Emenda Constitucional nº 3, no que acabou de dispor, como o fez, sobre mais uma ação no controle concentrado de constitucionalidade e, portanto, a ser apreciada em processo objetivo, não era merecedora de deliberação, porquanto acabaria por abolir o direito e a garantia individuais do cidadão de somente ter liberdade ou bem que lhe pertença alcançados mediante o devido processo legal, ensejando, assim, julgamento sob o pálio do livre convencimento. Por tudo, tenho como inconstitucional a Emenda que dispôs sobre a ação direta de constitucionalidade”. Apesar disso, o resultado do julgamento foi pela constitucionalidade da ação direta de constitucionalidade, conforme se verifica na ementa: **AÇÃO DECLARATORIA DE CONSTITUCIONALIDADE. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 03/93, NO TOCANTE A INSTITUIÇÃO DESSA AÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM. TRAMITAÇÃO DA AÇÃO DECLARATORIA DE CONSTITUCIONALIDADE. INCIDENTE QUE SE JULGA NO SENTIDO DA CONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 3, DE 1993, NO TOCANTE A AÇÃO DECLARATORIA DE CONSTITUCIONALIDADE. (ADC 1 QO, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/1993, DJ 16-06-1995 PP-18212 EMENT VOL-01791-01 PP-00001)**

¹⁴³ Pode-se dizer que o caráter vinculante das decisões do STF em sede de ADIN, ADC e ADPF é o mesmo daquele presente na súmula vinculante, já que todos esses institutos no fundo buscam o mesmo objetivo que é de

previsto no artigo 103-A da Constituição, alterando significativamente o ordenamento jurídico brasileiro. Afinal, com essa nova realidade, as súmulas deixaram de ser apenas instrumentos persuasivos, tendo caráter vinculante, ou seja, o magistrado deveria, compulsoriamente, seguir a referida orientação dada pelo Supremo Tribunal Federal quando entendesse que o caso concreto se subsumisse à hipótese de incidência prevista no enunciado sumular¹⁴⁴.

A partir dessa nova realidade, parte da doutrina passou a defender que a súmula vinculante encerraria um longo processo de interpenetração entre os modelos da *common law* e *civil law* no ordenamento jurídico brasileiro¹⁴⁵, inserindo de vez o Brasil nessa nova realidade mundial, na qual inexistem modelos puros e tanto a lei quanto a jurisprudência possuem papel de destaque no sistema jurídico.

Rodolfo Camargo Mancuso fala com maestria acerca dessa nova estrutura global do direito¹⁴⁶:

Parece lícito conjecturar que essa gradativa aproximação entre os dois grandes regimes jurídicos – o da norma legal e o do precedente judiciário – acomoda-se ao contexto contemporâneo de uma sociedade globalizada, onde os interesses, comportamentos e necessidades cada vez mais se comunicam e interagem, formando uma imensa aldeia global, onde se desvanecem antigas e arraigadas diferenças jurídicas entre os povos, nações e Estados. (...) Sendo o Direito um “fato cultural” no sentido largo da expressão, existente de algum modo em todos os quadrantes do planeta, não é de se estranhar que no Brasil, país vinculado ao direito do tipo codicístico, hoje se registre grande interesse pela experiência jurídica dos países da *common law*, sobretudo no que concerne à inserção das súmulas vinculantes em nosso sistema jurídico-político.

solidificar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sendo o reflexo dessa interpenetração dos modelos *civil law* e *common law*, que culminou com a criação de um modelo misto na realidade brasileira.

¹⁴⁴ EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS INFRINGENTES EM AC Nº 2005.70.01.001339-8/PR; RELATOR: Des. Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ. EMENTA: PROCESSO CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. SÚMULA VINCULANTE. SIGNIFICADO. FGTS. TERMO DE ADESÃO.

1. Tendo presente a eficácia peculiar das súmulas vinculantes, que as distingue dos demais verbetes sumulares do Supremo Tribunal Federal, torna-se imprescindível que lhe seja conferida observância compulsória por parte dos demais órgãos do Poder Judiciário, em virtude de seu conteúdo subordinante (CF, art. 103-A). 2. A súmula vinculante 1 do STF não faz distinção entre termo de adesão “azul” e termo de adesão “branco”, tampouco entre os momentos processuais adequados para apresentação dos termos, se antes ou após o trânsito em julgado do processo de conhecimento. 3. Embargos de declaração rejeitados.

¹⁴⁵ Nesse sentido, Hermes Zaneti Júnior: “Ora, a reforma constitucional do Poder Judiciário, Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, acresceu um importante dado na construção que se veio elaborando até aqui. Ao criar a possibilidade das súmulas vinculantes, abriu espaço para a consolidação do *stare decisis* et non *quieta movere* (mantenha-se o já decidido de modo pacífico)”. ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 256.

¹⁴⁶ MANCUSO, 2007, p. 188-189.

Assim, a súmula vinculante pode ser considerada como um símbolo dessa nova etapa da nossa ordem jurídica, que não está mais baseada apenas na lei, tendo o precedente um espaço importante nessa realidade.

3.3 CONCEITO DE SÚMULA VINCULANTE

Súmula, derivada da expressão latina *summula*, significa basicamente o resumo de alguma coisa. No âmbito jurídico pode ser definida como enunciados jurisprudenciais¹⁴⁷ que refletem entendimentos já sedimentados nos tribunais, editados por meio de enumeração seqüencial para o convencimento do magistrado¹⁴⁸.

Dessa forma, as súmulas foram criadas com a função de exprimir a jurisprudência pacífica de determinado tribunal a fim de compelir os órgãos inferiores do Poder Judiciário a decidir da mesma forma, uniformizando o tratamento do assunto e garantindo segurança jurídica. Por meio desse expediente buscou-se ainda um método de trabalho que aliviasse um pouco o magistrado da sua tarefa argumentativa, tendo em vista que, nos casos em que as circunstâncias fático-jurídicas fossem basicamente as mesmas daquelas em que a jurisprudência do tribunal já é pacífica sobre uma solução, não seria necessário repetir os fundamentos do julgamento, aprofundando um debate já superado, bastando a citação da súmula, que já teria ínsita toda a argumentação presente nos julgados que lhe deram origem¹⁴⁹.

Dessa forma, o tribunal, a partir de reiteradas decisões no mesmo sentido, formula uma tese (jurisprudência) a ser aplicada sempre que aquela situação ocorrer. Essa tese é resumida num enunciado, conhecido como súmula, representando, assim, uma verdadeira ponte entre decisões proferidas numa dimensão concreta que são materializadas num enunciado de caráter abstrato. Nesse cenário, para interpretar a súmula de maneira correta é imprescindível a

¹⁴⁷ Roberto Luis Luchi Demo observa que “a Súmula do Tribunal é única e formada por enunciados e verbetes, por isso é tecnicamente incorreto usar o vocábulo “súmula” seguido de número, ex: súmula n. 1. O correto é falar “verbe/verbo/enunciado n. 1 da Súmula”. Entretanto, a praxe tem consagrado aquele uso da palavra “súmula” seguida do número do respectivo enunciado”. DEMO, p.84. Assim, o termo ficou consagrado no meio jurídico como sinônimo do próprio enunciado (falando-se em súmulas do tribunal). Analisando-se com cautela, tal utilização não é totalmente incorreta, visto que a produção de cada um desses enunciados é o resumo de um conjunto de decisões do Tribunal.

¹⁴⁸ TEIXEIRA, Odemir Bilhalva. **Súmula vinculante: perigo ou solução**. Campinas: Russell Editores, 2008, p.71.

¹⁴⁹ Art. 102. A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Supremo Tribunal Federal (...)§ 4º A citação da Súmula, pelo número correspondente, dispensará, perante o Tribunal, a referência a outros julgados no mesmo sentido.

investigação dos julgados que lhe deram origem¹⁵⁰, pois, de outra forma, o enunciado será analisado de forma descontextualizada, não representando a jurisprudência do tribunal e, conseqüentemente, não cumprirá a função para o qual foi criado.

Antes de avançar no estudo da matéria vale à pena falar sobre os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*. O primeiro significa basicamente a razão ou tese jurídica dada pelo tribunal para justificar a decisão do caso concreto¹⁵¹. Já as *dictum*¹⁵² são todas aquelas considerações jurídicas elaboradas pelo Tribunal que não estejam relacionadas com a resolução do caso, sendo pronunciamentos que se afastam do princípio justificador da decisão¹⁵³.

Essa diferenciação é muito relevante, pois o juiz ao analisar os casos que originaram uma súmula, a rigor, deverá levar em conta apenas a *ratio decidendi* dessas decisões.

Edilson Pereira Nobre Junior resume bem essas ideias quando afirma:

É de ter-se em mente que aquela não se encerra na brevidade de seu enunciado. Ao contrário, resulta de interpretações desenvolvidas no julgamento de casos concretos e, sem a pesquisa destes, não se pode aquilatar o instante histórico e as condições de fato e de direito que ensejam a adoção do precedente. Indispensável, assim, que o aplicador do direito – e, conseqüentemente, da Súmula também – encontre a *ratio decidendi* que informou a elaboração do ponto de vista sumulado. Somente assim será possível averiguar se uma determinada Súmula é ou não aplicável a um caso concreto. A *ratio decidendi*, que logo se advirta, limita-se a aspectos de direito, não atingindo matéria fática, não está representada por toda a motivação da decisão,

¹⁵⁰ Nesse sentido, Glauco Salomão Leite: “O enunciado da súmula apenas sintetiza a essência do entendimento consolidado *jurisprudencialmente* pelo Supremo Tribunal Federal sobre determinada matéria. Ele não deve se desprender do substrato jurisprudencial de onde emana”. LEITE, 2007, p. 100.

¹⁵¹ A doutrina do *stare decisis* não é uníssona acerca do conceito de *ratio decidendi*, havendo diversas teorias sobre o assunto, entre as quais podemos citar a de Wambaugh, Oliphant e Goodhart. Para mais informações sobre o assunto: SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 1. ed. Curitiba Juruá, 2006.

¹⁵² Embora a maior parte da doutrina utilize os termos *dictum* e *obiter dictum* como sinônimos, Marcelo Alves Dias Souza os diferencia, afirmando que “Quanto à precisão terminológica, diz-se que *dictum* é uma proposição de Direito, constante do julgamento do precedente, que, apesar de não ser *ratio decidendi*, tem considerável relação com a matéria do caso julgado e maior poder de persuasão. Em comparação, *obiter dictum* é uma proposição de Direito, constante do julgamento, com ligação muito tênue com a matéria do caso e pouquíssima persuasiva”. *ibid.* p. 140.

¹⁵³ Celso de Albuquerque Silva fornece um exemplo bastante didático sobre o assunto: “Por exemplo, ao analisar um pedido de *habeas corpus* colimando obter a nulidade do decreto de prisão cautelar do paciente ao fundamento de excesso de prazo na instrução, o Tribunal indefere a ordem por verificar que o atraso na instrução ocorreu por requerimento da defesa. Essa fundamentação é suficiente para decidir a lide (Súmula 64 do STJ: “Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução provocado pela defesa). Entretanto, gratuitamente e sem maiores investigações, a corte anota que, não tivessem existido tais requerimentos, a solução seria diversa e a ordem seria concedida com a declaração de nulidade da prisão cautelar. Essa proposição, de que havendo excesso de prazo sem que a defesa tivesse concorrido para tal implicaria em nulidade do decreto de prisão cautelar, é meramente *dictum* não possuindo força vinculante em relação às demais cortes”. SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 185-186.

desta se apartando o que não é determinante para a resolução do caso concreto, constituindo afirmações secundárias (*obiter dicta*)¹⁵⁴.

Após essa breve análise do conceito de súmula, é preciso agora investigar o que se entende por efeito vinculante. Gilmar Mendes tratou do assunto, afirmando que no efeito vinculante, diferentemente do que ocorre no caso da eficácia *erga omnes*, além do dispositivo, também os fundamentos ou motivos determinantes possuem força vinculante¹⁵⁵. Do mesmo modo, Rodolfo Camargo Mancuso afirma que o efeito vinculativo “abrange os *motivos determinantes*, pressupostos pelo enunciado, à semelhança da *ratio decidendi* dos *binding precedents*, na experiência anglo-saxã¹⁵⁶”.

Nesse cenário, a súmula vinculante é uma súmula potencializada com o efeito vinculante, ou seja, de observância obrigatória pelos órgãos do Poder Judiciário (exceto pelo STF, conforme se discutirá no capítulo seguinte) e pela administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Assim, após a Emenda Constitucional 45, o ordenamento jurídico brasileiro passou a conter dois tipos diferentes de súmulas: a persuasiva e vinculante. A primeira, que pode ser editada por qualquer tribunal, continua a servir como instrumento de divulgação da jurisprudência do tribunal, sendo utilizada para o convencimento do magistrado. Embora conte com grande poder de violência simbólica¹⁵⁷, não possui qualquer obrigatoriedade, estando os juízes livres contrariá-la, decidindo de acordo com o seu livre convencimento motivado. Mesmo as reformas que introduziram os artigos 38 da Lei 8038/90; 518 e 557 do CPC¹⁵⁸, embora tenham

¹⁵⁴ NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **Súmula vinculante: o desafio da sua implementação**. São Paulo: MP Ed. 2008, p. 52.

¹⁵⁵ Segundo Gilmar Mendes e Ives Gandra da Silva Martins: “Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados *fundamentos* ou *motivos determinantes* (*tragende Gründe*)”. MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 596.

¹⁵⁶ MANCUSO, 2007, p. 362.

¹⁵⁷ Lenio Streck, falando da violência simbólica, esclarece que “Conforme Bourdieu e Passeron trata-se do poder capaz de impor significações como legítimas, dissimulando as relações de força que estão no fundamento da própria força. O sentido desse poder não deve criar ilusões, pois não se trata de coação, pois pelo poder de violência simbólica o emissor não co-age, isto é, não se substitui ao outro. Quem age é o receptor. Poder aqui é controle. Para que haja controle é necessário que o receptor conserve suas possibilidades de ação, mas aja conforme o sentido, ou seja, o esquema de ação do emissor. Por isso, ao controlar, o emissor não elimina as alternativas de ação do receptor, mas as neutraliza. Controlar é, assim, conclui Ferraz Jr., neutralizar, fazer com que, embora conservadas como possíveis, certas alternativas não sejam relevantes e não devem ser levadas em consideração”. STRECK, 1998, p. 226.

¹⁵⁸ Todos esses artigos trazem obstáculos para o andamento de recursos que contrariarem jurisprudência ou súmula do STF e STJ. Ainda assim, não há dúvidas de que o juiz continuará decidindo sem qualquer vinculação à súmula, sendo que apenas no recurso é que esse efeito normativo poderá aflorar.

garantido substancial força normativa a esses enunciados, não alteraram essa realidade, uma vez que os magistrados permanecem podendo decidir contrariamente à súmula.

Já a súmula vinculante só poderá ser editada pelo Supremo Tribunal Federal, respeitando alguns requisitos e a regulamentação dada pelo art. 103-A da Constituição e pela Lei 11417/2006.

Portanto, a súmula vinculante não extinguiu as súmulas persuasivas, podendo os dois tipos de construções jurídicas conviver sem que se enxergue qualquer tipo de incompatibilidade. A própria Emenda Constitucional 45, em seu artigo 8º, estabeleceu que as atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial. Sobre o dispositivo observa-se que embora não se tenha reproduzido os requisitos do artigo 103-A da Constituição, mesmo assim, para que haja essa conversão, tais requisitos sempre devem estar presentes¹⁵⁹. Apesar dessa possibilidade, o que se observa é que desde a Emenda Constitucional 45 o STF não editou uma súmula persuasiva sequer, sendo todas vinculantes¹⁶⁰.

3.4 NATUREZA JURÍDICA DA SÚMULA VINCULANTE

O conceito de norma do primeiro capítulo, dizia que as normas jurídicas são as partes que pertencem ao ordenamento jurídico. Para adquirir essa condição, era necessário que ela fosse proveniente de um ato de promulgação; uma consequência implícita de outra norma (ou conjunto de normas) do sistema ou que fosse uma norma suprema. No caso da súmula vinculante, não há dúvidas de que ela é promulgada por uma autoridade com poder normativo no ordenamento jurídico brasileiro (STF), logo, respeitando a premissa adotada, ela é uma norma jurídica.

Uma vez estabelecido isso, é hora de comentar sobre a sua tipologia, definindo o seu papel dentro do sistema. Primeiramente, observa-se que a súmula vinculante serve para cristalizar a jurisprudência pacífica do STF, tornando-a obrigatória para determinados agentes. Para a

¹⁵⁹ Nesse sentido, ANDRADE Fábio Martins de. **Comentários sobre a regulamentação da súmula com efeito vinculante: EC nº 45/2004 e Lei nº 11.417, de 19.12.2006**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF, v. 44, n. 174, p. 49-72, abr./jun. 2007, p. 53.

¹⁶⁰ Até o momento já foram editadas 32 súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal, sendo que a súmula vinculante 30 (É inconstitucional lei estadual que, a título de incentivo fiscal, retém parcela do ICMS pertencente aos municípios) está suspensa, pois o ministro Toffoli alegou que há precedentes na Suprema Corte em sentido contrário.

formação da sua jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal observa essencialmente as normas presentes no sistema jurídico e dali retira uma solução. Havendo reiteradas decisões no mesmo sentido, a Suprema Corte pode editar um enunciado vinculante a fim uniformizar a jurisprudência, garantindo maior segurança jurídica.

Dessa maneira, a súmula vinculante é uma norma interpretativa, na medida em que surge para pacificar uma matéria com grave controvérsia nas demais instâncias do Judiciário, mas que possui uma jurisprudência pacificada no Supremo Tribunal Federal.

Essa natureza interpretativa, contudo, não retira o seu caráter normativo¹⁶¹, visto que, com a sua introdução, o ordenamento jurídico passa a ter um novo elemento que obriga o juiz a decidir determinado modo. Antes disso, embora houvesse uma jurisprudência pacificada, com grande poder de violência simbólica, não havia qualquer obrigatoriedade de adotar tal entendimento. Agora, há essa obrigação, logo o sistema jurídico já não é mais o mesmo, havendo um incremento do ordenamento.

Ademais, a súmula vinculante é uma norma abstrata, embora originada de casos concretos¹⁶² (uma verdadeira ponte entre o concreto e o abstrato). Essa característica é bastante peculiar na súmula, representando um caminho inverso do feito por basicamente todas as outras normas do sistema. Com isso, nesse novo cenário jurídico não ocorrem apenas raciocínios dedutivos (do geral para o individual – ex. a sentença que se fundamenta na lei), mas também os indutivos (a súmula que se origina de reiterados casos), tudo de forma simultânea, tornando muito mais complexa a atividade judicial. Assim, a súmula vinculante deve respeitar além das normas superiores do ordenamento jurídico, também a *ratio decidendi* dos casos paradigmas que lhe deram origem.

Por ser uma norma abstrata, possui algumas características que lembram uma lei, mas não se confunde com ato legislativo, pois, entre outras diferenças, é uma norma interpretativa. Isso significa que a súmula deve apenas explicitar uma interpretação produzida com base no próprio sistema jurídico do qual emanaram as reiteradas decisões que lhe serviram de

¹⁶¹ Osmar Mendes Paixão Côrtes defende que essa natureza interpretativa, retira o caráter normativo da súmula vinculante: “Discordamos, nessa linha, da atribuição de caráter normativo às súmulas, ainda que dotadas de efeito vinculante. Isso não por faltar, eventualmente, às súmulas legitimidade, mas por não se destinarem à previsão geral, abstrata e *erga omnes* de determinada situação objetiva para a qual há dada consequência jurídica (...) Vincula-se não a atividade jurisdicional pela criação de uma norma, mas, a partir do estabelecimento de um sentido interpretativo, vinculam-se as decisões futuras a esse sentido. Apenas isso. Trata-se mais de problema de política judiciária do que do estabelecimento de normatização nova pelo Poder Judiciário”. CÔRTEES. Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 199.

¹⁶² Vale dizer que a súmula vinculante número 2 é uma verdadeira exceção, já que tem como precedentes apenas de ações abstratas (ADI 2847; ADI 3147; ADI 2996; ADI 2690; ADI 3183; ADI 3277). Ainda assim, é fruto de reiterados julgamentos sobre o assunto.

paradigma¹⁶³. Diferentemente da lei, que cria uma nova realidade que pode não ter nada a ver com a anterior. Assim, o âmbito de atuação da súmula é muito mais restrito que o da lei. Podemos exemplificar essa diferença por meio da Súmula Vinculante 24, cuja redação é a seguinte: não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no artigo primeiro, incisos I a IV, da Lei no 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo. Conforme se verifica, o Supremo Tribunal Federal apenas, com base nas regras já existentes, resolveu uma celeuma jurídica que envolvia a questão envolvendo o término ou não do processo administrativo como requisito para a ação penal de certos crimes tributários. Entretanto, não há a criação de qualquer crime, pois isso apenas a lei poderia fazer, jamais a súmula, que tem um caráter meramente interpretativo.

As súmulas vinculantes, então, não se confundem com a lei, tendo uma origem jurisdicional, proveniente dos casos que lhe deram origem¹⁶⁴. Embora em ambos os casos haja criação de norma jurídica, os limites da atividade jurisdicional são bem mais rígidos, fazendo com que suas normas possuam características e funções diferentes da norma produzida pelo legislador.

3.5 O TEXTO DA SÚMULA VINCULANTE

A súmula vinculante deve ser produzida com muito cuidado pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que foi concebida para dirimir uma grave controvérsia, ou seja, foi criada para ser uma solução e não mais um problema interpretativo. Não se ignora que esses enunciados são feitos por meio da linguagem e, com isso, padecem dos mesmos problemas que qualquer texto, isto é, possuem uma carga de ambigüidade e vagueza, necessitando sempre de interpretação pelo aplicador do Direito. Por mais claro que um texto seja, há sempre um trabalho interpretativo a ser realizado, sendo isso uma idéia já há muito aceita.

¹⁶³ Esse também é o pensamento de Roberto Luis Luchi Demo, que afirma “A súmula, cujos enunciados ou verbetes, em sentido amplo são resumos, uniformizações de jurisprudências dos tribunais, não cria direito, que já está definido pela jurisprudência pacífica, do mesmo modo que não pretende obstar a evolução do direito, nem impedir a reforma da jurisprudência. O objetivo é evitar divergência a respeito de determinado assunto em futuras decisões, porquanto os enunciados são elaborados depois de exame detalhado dos casos apontados, somente se permitindo sua inclusão na súmula com reiteração de julgados e, ainda assim, caso não haja expectativa de serem alteradas em breve tempo as interpretações ali adotadas”. DEMO, p.84.

¹⁶⁴ Glauco Salomão Leite assevera: “Portanto, nos casos que servem de base para a construção da jurisprudência geradora de súmula vinculante, verificam-se todas as características fundamentais da função jurisdicional expostas por Cappelletti, não se podendo falar, dessa forma, que as súmulas são produto da atuação legislativa de Supremo Tribunal Federal. Consistem, em verdade, na generalização e obrigatoriedade de uma solução aplicada a uma série de casos semelhantes, resultado, como se disse, de atividade interpretativo-criadora inerente ao exercício da jurisdição constitucional, em cujo contexto o efeito vinculante das súmulas tem uma importante função harmonizadora da exegese jurídico-constitucional, dirimindo uma divergência judicial”. LEITE, 2007, p. 98.

O temor de muitos autores, que chegam a ponto de dizer que a súmula não deve ser interpretada¹⁶⁵, senão haveria “interpretação de interpretação”, desencadeando num círculo vicioso, é de que a súmula apresente um texto genérico, permitindo diversas interpretações, o que fatalmente levaria ao seu fracasso, visto que as decisões sobre o assunto não seriam uniformes, prejudicando a segurança jurídica.

A súmula, então, não pode possuir expressões vagas, sendo o enunciado o mais específico possível, a ponto de o intérprete poder identificar perfeitamente a situação regulada para poder aplicar a solução sumulada. Dessa forma, clareza e especificidade são duas características essenciais para qualquer enunciado de súmula, sendo recomendável ainda que eles sejam sucintos, a fim de evitar qualquer problema no que diz respeito à compreensão do seu conteúdo¹⁶⁶.

Para trabalhar o tema, utilizaremos dois enunciados de súmula já editados a fim de demonstrar duas situações, uma que consideramos satisfatória e outra que provavelmente trará problemas para o magistrado na sua tarefa de aplicação da súmula.

Primeiramente, quando analisamos a súmula vinculante nº 5 (a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição), percebemos a clareza da sua redação, sem negar que por se tratar de um texto sempre será passível de interpretação e dúvidas poderão surgir, mas a mensagem é bastante direta – não há qualquer inconstitucionalidade no processo administrativo em que não haja defesa técnica feita por advogado.

Diferente é o caso da súmula vinculante nº 11 (Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado), cuja redação possui diversos termos vagos (ex. resistência, fundado receio de fuga, perigo à integridade física) que permitem diversas interpretações, podendo tumultuar ainda mais o

¹⁶⁵ Marcus Gil Barbosa Dias, citando o Victor Nunes Leal, afirma que: “Victor Nunes Leal explicou, com maestria a impossibilidade de se interpretar os enunciados das Súmulas. Para ele, sempre que fosse necessário esclarecer algum aspecto do enunciado, era um sinal para o cancelamento do mesmo para que nova regra fosse inscrita de modo a não permitir dubiedades. Afirmava ser a lei o objeto de interpretação, e a súmula o resultado dessa interpretação promovida pelo Supremo Tribunal Federal. Por isso, defendia a clareza e precisão na redação dos enunciados de Súmulas. Criticava a alteração de palavras ou de sentido na interpretação das Súmulas sem o devido cancelamento da numeração e inscrição de um novo texto”. DIAS, 2006, P. 180.

¹⁶⁶ MATTOS, Luiz Norton Baptista de. **“Súmula” vinculante: análise das principais questões jurídicas no contexto da reforma do poder judiciário e do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 158.

problema que deveria resolver. Os precedentes que serviram de paradigma para a edição do enunciado pouco contribuem para o deslinde da matéria, pois eles apenas dizem que as algemas devem ser usadas excepcionalmente a fim de garantir a segurança e impedir reações violentas ou indevidas dos presos sem, contudo, esclarecer o que seria isso. O reincidente pela sua condição representa perigo à integridade alheia? E se essa reincidência ocorrer em crimes hediondos? São essas questões que a súmula deveria responder, mas que permanecem incógnitas, podendo ensejar decisões divergentes sobre casos semelhantes.

Por fim, além dessa especificidade e clareza, o texto da súmula vinculante deve se reportar à *ratio decidendi* dos casos que lhe serviram de paradigma, tendo em vista que a súmula é a consolidação de uma jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não podendo se desprender do substrato que lhe originou.

3.6 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À SÚMULA VINCULANTE

3.6.1 Violação à separação dos poderes

Um das maiores críticas à súmula vinculante é a de que ela violaria o princípio da separação dos poderes previsto expressamente no artigo 2º da Constituição, sendo, inclusive uma cláusula pétrea¹⁶⁷.

Dessa forma, tendo a súmula um caráter de generalidade e obrigatoriedade, ela passaria a ter o mesmo caráter de uma lei, mudando apenas o procedimento e o órgão criador. O Poder Judiciário, então, além de exercer as suas funções de aplicação da lei, estaria usurpando uma função idealizada para o Poder Legislativo, que é onde estão os verdadeiros representantes do povo, eleitos democraticamente para realizar essa inauguração da ordem jurídica.

Aliás, essas súmulas seriam ainda mais poderosas do que a lei, pois esta tem que ser interpretada, enquanto as súmulas são produzidas e interpretadas pelo Judiciário, que, nesse cenário, transformar-se-ia em um super-poder, com capacidade para criar e aplicar esses comandos, não podendo ser limitado por nenhum outro Poder (não tendo legitimidade democrática para isso)¹⁶⁸.

¹⁶⁷ O artigo 60, §4º, da Constituição é expresso nessa proibição (§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III - a separação dos Poderes;).

¹⁶⁸ Nesse sentido, Karla Virgínia Bezerra Caribe: “Adotando o Brasil a separação dos poderes estatais, entende-se que cabe ao Judiciário a simples aplicação da lei, solucionando conflitos que lhe são levados à apreciação. É

Essa visão é bastante limitada, pois enxerga o princípio da separação dos poderes ainda nos moldes descritos por Montesquieu¹⁶⁹. A sociedade evoluiu e, com isso, também o princípio da separação dos poderes ganhou uma nova roupagem, sendo comum o exercício de funções atípicas pelo Poder Legislativo (como o julgamento dos crimes de responsabilidade do presidente da república pelo Senado), pelo Poder Executivo (edição de medidas provisórias) e pelo Poder Judiciário (votação do regimento interno). Isso sem contar que o Poder Legislativo não está vinculado pela súmula editada pelo Supremo Tribunal Federal, o que termina com qualquer resquício de dúvidas acerca de uma possível violação à separação dos poderes.

Luiz Norton Baptista de Mattos fala dessa nova realidade:

Inicialmente, tem-se que o princípio da separação dos poderes não tem mais a feição absoluta e intransigente que apresentava em seus primórdios, à época do Iluminismo e da Revolução Francesa, quando era apregoado que cada poder do Estado deveria desempenhar funções estanques e incomunicáveis (...) Outrossim, não existem mais atribuições que, de modo absoluto, sejam privativas de um poder, sendo possível, como ocorre no Brasil, o cometimento pelo texto constitucional do exercício atípico e excepcional de funções próprias de outra esfera estatal. Cada ordenamento jurídico vai dar conformação própria ao princípio em tela. Assim, nada impede que a Constituição de determinado país outorgue ao seu Poder Judiciário competência para, em determinadas situações, produzir normas de caráter geral¹⁷⁰.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição, não cabendo qualquer questionamento acerca da sua legitimidade democrática. Dessa forma, a súmula vinculante não representa qualquer problema para a separação dos poderes, sendo, na verdade, uma ferramenta importante para a consolidação da jurisprudência da nossa Suprema Corte, o que é fundamental para o bom funcionamento da ordem jurídica.

do povo, através de seus representantes legitimamente escolhidos, a titularidade do Poder. É dele, portanto, que devem ser emanadas as Leis do Estado, tendo-se por ilegítimo o ato que dele não se origina. Observa-se, pois, que a atribuição de força legislativa às súmulas significa, antes de tudo, a desconsideração da tripartição das funções do Estado e a supervalorização do Poder Judiciário. A violação desta função tripartida ainda se torna mais clara ao se verificar que a inserção da súmula vinculante no direito brasileiro não previu sequer a revogação automática do seu conteúdo normativo pela eventual promulgação de lei tratando da mesma matéria” (CARIBÉ, Karla Virgínia Bezerra. **A súmula vinculante no direito brasileiro: uma incoerência do sistema jurídico**. Disponível em: http://www.escola.agu.gov.br/revista/2008/Ano_VIII_agosto_2008/sumula_%20vinculante_Karla%20virginia.pdf). Acesso em 10 de dezembro de 2010.

¹⁶⁹ Montesquieu defende limites bastante rígidos na separação dos Poderes, afirmando: “Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode ter-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor”. MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Trad. Pedro Vieira Mota. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 167-168.

¹⁷⁰ MATTOS, Luiz Norton Baptista de. **“Súmula” vinculante: análise das principais questões jurídicas no contexto da reforma do poder judiciário e do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 75.

3.6.2 Engessamento da jurisprudência

O segundo grande questionamento é de que essas súmulas retirariam a mobilidade do Direito, já que, uma vez cristalizado o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, os juízes de primeiro e segundo graus não poderiam modificar essa tese, o que, com o tempo, ocasionaria um engessamento do Direito, que não se adaptaria tão facilmente às mudanças sociais¹⁷¹. Isso impediria um cenário comum, no qual diversas decisões dos juízos inferiores contrárias à jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores, aos poucos, criam um ambiente de pressão que muda o entendimento desses tribunais e permite uma adaptação do Direito à realidade social.

Contrariamente, pode-se dizer que não há uma petrificação total do Direito, tendo em vista que a realidade social é muito complexa e sempre apresenta novas situações para serem enfrentadas pelo Poder Judiciário.

Ademais, a súmula vinculante não é algo imutável, já que o próprio artigo 103-A da Constituição garante a possibilidade de revisão e cancelamento de tais comandos¹⁷².

Além disso, a súmula vinculante não deve ser interpretada de forma descontextualizada, devendo sempre observar a *ratio decidendi* dos julgados que lhe serviram de paradigma. Dessa forma, o magistrado deverá analisar se a situação está realmente abarcada pelo enunciado vinculante, pois do contrário não estará obrigado a aplicar a súmula vinculante¹⁷³.

¹⁷¹ Nesse sentido, Félix Soibelman: “Nos parece, portanto, correta a afirmação de que a súmula vinculante viabiliza o engessamento da justiça, uma mumificação dos entendimentos, uma avalização da ausência de esforço intelectual dos julgadores. Não se concebe a petrificação jurisprudencial; isto equivaleria a negar ao direito a sua forja nas circunstâncias incessantemente renovadas que a mutação social oferece. Além de tudo, quantas vezes não sucede que um grande advogado venha, por força de seus dotes e maior visão, demolir um entendimento faz muito sedimentado? Receamos que a limitação da legitimidade para provocar a sua revisão ou cancelamento (os mesmos que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade) represente na verdade um gargalo político para o amadurecimento jurisprudencial” (SOIBELMAN, Félix. Súmula vinculante na Emenda Constitucional nº 45/2004 . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 618, 18 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6392>>. Acesso em 08 dez. 2009:

¹⁷² Rodolfo Camargo Mancuso é bem claro a esse respeito: “Em resposta ao argumento de que as súmulas cristalizam o Direito e são um empecilho à sua evolução, deve-se dizer que, ao contrário, até de maneira mais ágil e simplificada do que se passa em face das normas legais defasadas, as súmulas podem e devem ser revistas, alteradas, e mesmo revogadas, quando a sua permanência ou mesmo a sua redação original não mas se justifiquem, seja em face de direito novo, seja por superveniente supressão de competência do Tribunal na matéria, seja pela formação de corrente pretoriana diversa e prevalente”. MANCUSO, 2007, p. 390.

¹⁷³ O juiz nesses casos utilizará a distinção (*distinguish*) para não aplicar a súmula vinculante. O assunto será tratado com um pouco mais de profundidade ainda nessa dissertação.

Outrossim, o processo judicial não deve ser um experimento para que o juiz de primeira instância explice sua opinião pessoal. Em casos com jurisprudência consolidada pelos Tribunais Superiores esse poder criativo não traz benefícios à ordem jurídica, pois fatalmente tal decisão poderia ser modificada, servindo apenas para abalar a segurança jurídica.

Portanto, essa obrigatoriedade de se adotar a decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal, longe de representar um óbice ao desenvolvimento do Direito, na verdade é sinal de estabilidade dele, ou seja, não é um defeito, mas uma qualidade que traz segurança jurídica.

Luis Norton Baptista de Mattos trata do assunto:

Portanto, a súmula vinculante não tende à perenidade, uma vez que a norma jurídica, constitucional ou ordinária, cujo sentido é por ela definido, pode ser livremente alterada pelo legislador, de acordo com os anseios sociais. E o próprio tribunal emissor da súmula pode, conquanto presentes certas circunstâncias, modificar a sua interpretação a respeito da norma jurídica. A vinculação não é, portanto, rígida e inflexível. A súmula é perfeitamente adaptável à evolução social, econômica e cultural¹⁷⁴.

3.6.3 Violação à independência do magistrado

Outra crítica comum feita à súmula vinculante é que ela afrontaria a independência do juiz, que não teria mais liberdade para julgar, já que seria obrigado a adotar a solução sumulada¹⁷⁵. Dessa maneira, isso geraria uma “robotização” dos magistrados, que seriam verdadeiros “homologadores” de decisões previamente estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal, que, nesse cenário, teria um poder hipertrofiado.

Com isso, a base do pensamento é que o Brasil adota o modelo da civil *law* e, por isso, o juiz está vinculado apenas à lei, sendo que qualquer outra limitação à independência magistrado, como a súmula vinculante, é contrária ao nosso sistema jurídico, representando um risco à atividade judicial¹⁷⁶. Ademais, o juiz, por estar mais próximo ao caso concreto, deveria ter a liberdade para aplicar a interpretação mais compatível com os princípios constitucionais, sem

¹⁷⁴ MATTOS, 2010, p. 101.

¹⁷⁵ Nesse sentido, Luís Flavio Borges D’Urso: “A Súmula retira do juiz a sua capacidade de entendimento e a sua livre convicção, ou seja, a sua independência para julgar. Torna-se o juiz um mero cumpridor de normas baixadas pelo grau superior, comprometendo-se, dessa forma, ao inibir a livre apreciação dos fatos e do direito, a criação e o desenvolvimento da jurisprudência. Tornando-se mero burocrata, exercendo papel de subalterno que reproduz decisões de instâncias superiores, o juiz, contra sua vontade, acaba prestando um desserviço à causa dos direitos fundamentais e da cidadania”. D’URSO, Luiz Flávio Borges. **Súmula vinculante é retrocesso**. Disponível em: http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2004/75/. Acesso em 18 de março de 2010.

ter tolhida a sua capacidade de raciocínio para obedecer cegamente a enunciados vinculantes do STF¹⁷⁷.

Apesar dessas críticas feitas à súmula vinculante, tais argumentos podem ser refutados. Primeiramente, não há a alegada hipertrofia do Supremo Tribunal Federal, que, com o advento da Constituição de 1988, realmente passou a exercer certo protagonismo no cenário jurídico brasileiro, sem que isso represente qualquer violação à ordem constitucional imposta (pelo contrário, ele foi eleito pela própria Constituição como seu guardião) ou à separação dos poderes, que, como dito acima, não deve ser mais encarada nos moldes clássicos descritos por Montesquieu, mas adaptada aos novos tempos.

Quanto à afirmação de que o Brasil seria adepto da civil *law* e estaria importando impropriamente soluções da *common law*, deve-se ponderar já não existe mais essa exclusividade do modelo romano-germânico em nosso ordenamento, podendo-se falar, inclusive, na adoção de um modelo misto. Conforme verificamos no processo histórico da súmula vinculante, tal modificação não ocorreu de forma automática, sendo fruto de um longo processo de absorção de institutos da *common law*, culminando com a criação da súmula vinculante. Assim, o

¹⁷⁶ Lênio Streck é incisivo a esse respeito: “Necessário registrar ainda, que, vingando a tese, surgirá no Brasil um perigoso ecletismo: no sistema da *common law* o juiz necessita fundamentar e justificar a decisão (14). Já no sistema da *civil law*, basta que a decisão esteja de acordo com a lei. Assim, acaso vencedora a tese vinculatório-sumular, bastará que a decisão judicial esteja de acordo com um verbete sumular para ser válida... Ora, nessa perspectiva, haverá no sistema jurídico brasileiro o poder discricionário da *common law* sem a proporcional necessidade de justificação. Enfim, o poder sendo exercido sem freios e contrapesos, tudo porque as Súmulas Vinculantes transformam-se, na prática, de normas individuais - válidas para cada caso - em normas gerais de validade erga omnes (...) Não tenho medo de afirmar que trocar a democracia e a independência dos juizes pelo desafogo dos processos - tese que começa perigosamente a ser aceita até mesmo pelos que são contrários à vinculação sumular - me parece um preço exageradamente alto a ser pago por todos nós. Ou seja, discutir a efetividade da justiça é colocar também em xeque, necessariamente, a qualidade das decisões e a legitimidade destas. A construção das condições de possibilidade de uma democratização da justiça e em especial do Poder Judiciário não podem sucumbir ao sedutor canto de sereia do *establishment* jurídico-dogmático e dos setores governistas, que, antes de mais nada, apostam no efeito vinculante como um projeto de poder, que está agregado - e somente assim pode ser entendido - às demais reformas constitucionais que tramitam no Congresso Nacional”. STRECK, Lênio Luiz. **Efeito vinculante: desmi(s)tificações necessárias acerca dos projetos de reforma do Judiciário**. Disponível em http://www.femargs.com.br/revista01_streck.html. Acesso em 11 de fevereiro de 2011.

¹⁷⁷ Sobre o assunto, Luis Flávio Gomes: “A súmula vinculante viola a independência jurídica do juiz, isto é, sua independência interna (dentro da e frente à própria instituição a que pertence). Ninguém pode impor ao juiz qualquer orientação sobre qual deve ser a interpretação mais correta. Aliás, é muito comum que um texto legal, pela sua literalidade confusa, permita mais de uma interpretação. De todas, deve prevalecer a que mais se coaduna com os princípios constitucionais (sobretudo o da razoabilidade). Mas o juiz sempre tem a liberdade de escolha, dentre todas as interpretações possíveis. O instituto da súmula vinculante pertence à velha (e ultrapassada) metodologia do Direito, que era visto como um sistema jurídico coeso, compacto e seguro. Esse modelo de Direito (e de metodologia), típico de Estados autoritários, não levava em conta duas coisas: (a) a pluralidade de pensamento dentro do Estado de Direito; (b) a justiça do caso concreto. Preocupava mais a beleza do palácio do Direito (sua lógica interna), que a justiça do caso concreto”. GOMES, Luis Flávio. **Súmula vinculante**. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=390. Acesso em 25 de julho de 2010.

Direito brasileiro evoluiu e, com isso, o papel da jurisprudência também ganhou um novo significado.

Ademais, não há qualquer perda de liberdade do magistrado para interpretar o caso concreto. O juiz, ao deparar com um caso concreto, terá plenos poderes para analisar a aplicabilidade ou não da súmula vinculante para resolução da situação, não havendo qualquer mutilação da sua capacidade hermenêutica. Entretanto, uma vez identificada a compatibilidade com uma súmula vinculante válida, não parece haver razões para não aplicar o enunciado, tendo em vista que fatalmente a decisão do Supremo Tribunal Federal prevalecerá em caso de recurso¹⁷⁸.

Por fim, a falta de limites do juiz de primeiro grau não é uma necessidade, representando, pelo contrário, um risco muito grande de se criar uma loteria judiciária. O magistrado não é soberano nas suas decisões, tendo como limite a norma jurídica, seja a expressa pela lei, seja pela súmula. Dessa forma, a súmula vinculante é apenas mais uma norma, com suas características próprias, que o juiz deve respeitar.

Mônica Sifuentes comenta o assunto:

A independência e liberdade do juiz, por isso, não é e não pode ser absoluta: a decisão deve-se pautar em critérios racionais e deve ajustar-se aos princípios legais e constitucionais (...) Ora, o juiz não é um microcosmo, uma nômade fechada em si mesma. Não é um rei no domínio do caso concreto. A idéia de que o juiz só se vincula à lei e à sua consciência esconde, na realidade, um preceito autoritário. A vida não feita da experiência de um só. Se o direito é corretamente considerado como um sistema, não se pode arrogar o juiz em elaborador do direito que ele individualmente quiser¹⁷⁹.

3.6.4 Ofensa ao contraditório e à ampla defesa

¹⁷⁸ Antônio Álvares da Silva é conclusivo a esse respeito: “Os juízes, com as súmulas, não se transformam em repetidores dos tribunais maiores, nem meros robôs, cuja missão é apenas pôr em algum lugar da sentença o texto de uma súmula ou, mais prático ainda, apenas a referência a seu número (...) Todos os juízes que atuaram no processo agiram com liberdade plena, indispensável ao raciocínio jurídico de aplicação da lei. Se, porém, para evitar repetição, o tribunal estabelece uma síntese de seu pensamento sobre o caso concreto e a ele se refere, ao julgar casos semelhantes, não está exigindo automatismo, nem transformando juízes inferiores em autômatos ou robôs Jurídicos. Apenas economiza uma discussão desnecessária, poupando e praticando um procedimento eficaz e rápido. Tudo, aliás, de acordo com a filosofia de nosso tempo, que exige um mínimo de eficácia e eficiência em todos os procedimentos e ações praticadas por quaisquer setores ou pessoas da administração pública ou particular”. SILVA, Antônio Álvares da. **As súmulas de efeito vinculante e a completude do ordenamento jurídico**. São Paulo: LTr, 2004, p. 116/117.

¹⁷⁹ SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 288-289.

Outro argumento utilizado para questionar a súmula vinculante diz respeito a uma suposta ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Isso ocorreria por uma limitação do campo de apreciação do caso pelo magistrado, que estaria obrigado a seguir uma resposta pré-ordenada para resolver o caso. Haveria uma verdadeira negação do processo¹⁸⁰, pois os argumentos formulados pelas partes não seriam devidamente apreciados, tendo em vista que a obrigação do juiz em seguir o enunciado vinculante do Supremo Tribunal Federal. O jurisdicionado, então, ficaria numa situação desagradável, já que qualquer que fosse a sua atuação, o resultado do processo seria sempre o mesmo, representando um verdadeiro jogo de cartas marcadas. Aduz-se ainda que a súmula vinculante alcançaria sujeitos que não foram partes formais nos processos paradigmas que originaram os enunciados, sendo alvos de uma decisão que não tiveram oportunidade de exercer contraditório e a ampla defesa.

Essa crítica, na verdade, está intimamente ligada à anterior, pois considera que o juiz deve utilizar um raciocínio automatizado para tomar decisões acerca da súmula vinculante. Assim, a falta de contraditório seria os efeitos disso no processo, que já teria a sua solução pré-definida, independente do que fizerem as partes.

Nesse ponto, vale repetir o que já foi dito, ou seja, não há perda dos poderes hermenêuticos do juiz perante a súmula vinculante, tendo o magistrado total liberdade para interpretar a incidência ou não do caso concreto à hipótese do enunciado sumular. Dessa maneira, a súmula vinculante é apenas mais uma norma, que deve ser interpretada e deve interagir com as outras normas do ordenamento¹⁸¹. Por isso, o processo envolvendo um caso de súmula vinculante não é diferente de qualquer outro, não havendo qualquer prejuízo ao contraditório ou à ampla defesa, apenas a existência de mais uma norma para ser interpretada e levada em consideração na tomada de decisão.

Quanto ao fato de que os casos paradigmas não permitiriam que os sujeitos anteriores exercessem o seu direito ao contraditório, também não há qualquer novidade, tendo em vista que qualquer norma de caráter abstrato, como as decisões das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, por exemplo, possui essa característica. Aliás, a intenção dar um

¹⁸⁰ SILVA, José Anchieta da. **Súmula vinculante de efeito amplo no direito brasileiro: um problema e não uma solução**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 47.

¹⁸¹ Nesse sentido, Maria Cristina Zainaghi: “Feitas essas considerações, podemos concluir que a Súmula Vinculante é mais uma fonte dentro de nosso ordenamento, que, todavia, nenhum prejuízo causará sob a ótica de todos os operadores, que sempre se valem das regras interpretativas do ordenamento. É nesse sentido que a súmula interagirá no ordenamento, aliás nem de forma inédita, já que acabam por se tornarem uma fonte normativa, de forma vinculante”. ZAINAGHI, Maria Cristina. **A súmula vinculante e a questão da interpretação**. in Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência. Bruno Freire e Silva e Rodrigo Mazzei (coords.). Curitiba: Juruá, 2006, p.325.

caráter abstrato às decisões concretas é justamente uniformizar a jurisprudência, para que todos sigam a interpretação do Supremo Tribunal Federal. O importante é registrar o caráter democrático dessas súmulas, que se baseiam em reiteradas decisões do STF, ou seja, antes de se editar o enunciado vinculante é preciso que haja um amplo debate sobre o assunto. Ademais, a sociedade poderá participar dessa discussão por meio da admissão do *amicus curiae*. Isso sem contar que caso do indivíduo se ache injustiçado pela decisão ligada à súmula vinculante, poderão ser interpostos os recursos cabíveis, além da reclamação direta para o STF, nos termos do artigo 103-A da Constituição. Dessa forma, não há qualquer prejuízo para os princípios do contraditório ou da ampla defesa com a introdução da súmula vinculante em nosso ordenamento jurídico.

3.7 OBJETIVOS DA SÚMULA VINCULANTE

3.7.1 Segurança jurídica

Não há dúvidas de que a grande pretensão da introdução da súmula vinculante com a Emenda Constitucional 45 foi dar maior segurança jurídica ao ordenamento jurídico brasileiro¹⁸². Com isso, tal instituto garante uma significativa previsibilidade do julgamento que não ficaria mais a mercê do entendimento de um juiz isolado, que poderia contrariar o pensamento do Supremo Tribunal Federal deixando o jurisdicionado sem entender por que seu caso, que é igual ao do seu vizinho, foi julgado de forma diferente. Ademais, garante-se estabilidade, uma vez que a jurisprudência sumulada do STF não seria desrespeitada com frequência, dado o caráter vinculante dos enunciados.

Assim, buscando eliminar a “loteria judiciária”, a súmula vinculante é um importante elemento para garantir previsibilidade e estabilidade às decisões judiciais, dando substancial autoridade à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e, com isso, gerando segurança

¹⁸² Explicando o conceito de segurança jurídica, José Joaquim Gomes Canotilho leciona que “Além das suas imbricações com o princípio de protecção da confiança, as ideias nucleares da segurança jurídica desenvolvem-se em torno de dois conceitos: (1) *estabilidade* ou eficácia *ex post* da segurança jurídica: uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, as decisões estaduais não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes. (2) *previsibilidade* ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. - Coimbra : Almedina, 1995, p. 380.

jurídica¹⁸³. Nesse sentido, os ensinamentos de Daniel Amorim Assumpção Neves são irretocáveis:

O Poder Judiciário estaria como a dar um recado para aquele que pensa em utilizar seus serviços: O Judiciário irá lhe atender, mas sua pretensão não será acolhida, porque sua tese jurídica já foi rejeitada de forma reiterada pelos Tribunais Superiores, e ainda que um juiz isoladamente tenha um entendimento que o favoreça, não poderá se insurgir contra o pacificado entendimento (obrigatoriamente, pelo efeito vinculante das súmulas). Estaria assim acabada a já tão famosa “loteria judiciária”, pela qual fica difícil de saber a decisão final de algumas demandas, que dependerá do último órgão jurisdicional a se manifestar no caso concreto. Assim sendo, a insegurança jurídica transmitida ao povo em geral, seria obstada pela transmissão a ele de um entendimento unitário, coeso e previsível¹⁸⁴.

3.7.2 Isonomia

Decorrente dessa segurança jurídica trazida pela súmula vinculante está o princípio da isonomia, que ganha um prestígio muito grande nessa nova realidade, tendo em vista que os casos iguais, regulados por um enunciado vinculante, não poderão mais ser tratados de forma diferente pelo Poder Judiciário¹⁸⁵. Assim, o princípio da igualdade, previsto expressamente no

¹⁸³ Em sentido contrário, Dalmo Dallari de Abreu: “Por último, há também o argumento de que a ocorrência de divergência jurisprudencial gera insegurança jurídica, sendo melhor que o povo saiba desde logo, com certeza absoluta, quais as regras obrigatórias e como elas devem ser interpretadas. Ora, se for acolhido esse argumento será melhor tirar de todos os juízes e tribunais a competência para interpretarem qualquer lei ou ato normativo. E será melhor ainda acabar com o próprio Poder Judiciário, como também com o Legislativo, pois se o Executivo editar normas e for o único autorizado a interpretá-las não haverá divergências e todos saberão desde logo quais as regras e ninguém poderá contestar a interpretação dada pela autoridade. Mas nesse caso, para haver coerência, será necessário eliminar a Constituição, o direito, a liberdade. Como fica evidente, esse argumento não é compatível com uma sociedade democrática e não pode ser levado a sério por quem acredita no direito como um instrumento de justiça e paz”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 64-65.

¹⁸⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Súmula vinculante: Heroína ou vilã?** in MAZZEI, Rodrigo; SILVA, Bruno Freire (orgs.). *Reforma do Judiciário: Análise Interdisciplinar e Estrutural do primeiro ano de vigência*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 229.

¹⁸⁵ Em sentido contrário, Gevany Manoel dos Santos argumenta: “Se a súmula vinculante tirou do cidadão a possibilidade de buscar a garantia jurisdicional do seu direito, obrigando-o a respeitar uma decisão que foi proferida em outro processo onde sequer foi parte litigante, clara é a desobediência ao artigo 5º, *caput*, da Constituição, visto que o cidadão não está sendo tratado de forma igual porque a um foi dada oportunidade de buscar garantia de seu direito perante o Poder Judiciário e ao outro, foi tirada. Não tendo este último o direito de ver sua causa devidamente apreciada e julgada pelo juízo sem vinculação a outras decisões em clara violência constitucional”. SANTOS, Gevany Manoel dos. **Súmula vinculante e reclamação**. São Paulo: LTr, 2008, p. 134. O autor ignora que a súmula vinculante é uma norma abstrata (embora originada de norma concreta) que foi deliberada em um processo objetivo próprio do STF. Assim, não é correto dizer que ele foi afetado pela decisão anterior da Suprema Corte (ao menos diretamente), mas pelo enunciado vinculante posteriormente produzido, que contou com uma criação bastante democrática, conforme vimos quando discutimos a questão do

caput do artigo 5º da Constituição, passa a incidir não apenas na criação da norma, mas também na sua aplicação, que passa a ganhar um caráter uniforme.

É importante esclarecer que o dissenso de teses jurídicas é muito importante para o desenvolvimento e evolução do Direito, principalmente quando essas discordâncias ocorrem em nível doutrinário. Ocorre que quando esses desencontros atingem a jurisprudência, especialmente a dos tribunais, cria-se um mal-estar entre os operadores do Direito, deixando desorientada a população, que já não sabe mais qual caminho seguir, gerando um descrédito no Poder Judiciário, que passa a ser visto como uma verdadeira loteria, na qual o resultado do processo dependerá do juiz responsável pelo julgamento.

Dessa forma, a coerência, não só na criação das normas gerais como também na sua aplicação, é uma condição fundamental para a própria sobrevivência do ordenamento jurídico. Nesse cenário, a súmula vinculante é muito importante, pois visa à correção de uma grave controvérsia de matéria já pacificada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uniformizando o tratamento das questões relacionadas ao assunto sumulado. Por fim, vale dizer que essa igualdade de tratamento decorrente da súmula vinculante logicamente só ocorrerá quando os casos estiverem no âmbito de incidência do enunciado sumular, caso contrário não há qualquer obrigação para o magistrado.

3.7.3 Celeridade

Outro efeito decorrente dessa obrigatoriedade de se decidir conforme a súmula vinculante é a celeridade com que tramitarão os processos, já que uma posição pré-definida do Poder Judiciário para resolver o caso, certamente contribuirá para um julgamento mais rápido da lide. Afinal, o juiz estará vinculado ao enunciado do Supremo Tribunal Federal, sendo inútil estender o debate de uma questão já resolvida¹⁸⁶. Também os recursos serão julgados com

contraditório. Assim, não há qualquer prejuízo ao contraditório, que poderá ser plenamente exercido, o que ocorre é que o ordenamento jurídico do caso julgado após a edição da súmula vinculante foi incrementado por uma nova norma (a súmula vinculante) e, com isso, o sistema normativo a ser interpretado pelo magistrado já não é o mesmo de antes da súmula vinculante. Essa alteração, com a introdução de novas normas gerais no ordenamento, desde que respeite às normas superiores do sistema, não representa nenhum problema, sendo uma necessidade para que o Direito possa responder aos novos desafios, a diferença é que ao invés da norma se originar apenas do Poder Legislativo como normalmente ocorre, ela agora também partirá do Poder Judiciário (logicamente que tais normas terão características próprias e distintas das leis).

¹⁸⁶ Décio Daidone também concorda com essa tese: “Correntes favoráveis ao efeito vinculante, com as quais concordamos, entendem que sua adoção tornará a justiça mais ágil e eficiente, porque impedirá a interposição desnecessária de milhares de ações, bem como de recursos meramente protelatórios, como aqueles muitas vezes apresentados pela Administração Pública, objetivando pronunciamento sobre teses jurídicas absolutamente

muito mais rapidez¹⁸⁷, tendo em vista que essas disposições vincularão os Tribunais, que não poderão inovar sobre a matéria.

Nesse sentido, Osmar Mendes Paixão:

A súmula vinculante, é certo, carrega também o valor da efetividade, na medida em que pretende tornar mais ágil e útil a prestação jurisdicional, evitando a perda desnecessária de tempo para o desfecho de uma ação e o desrespeito à jurisprudência já consolidada do STF¹⁸⁸.

3.7.4 Desafogamento dos Tribunais Superiores

A introdução desse mecanismo também seria responsável pelo desafogamento dos Tribunais Superiores, que não precisariam mais julgar os milhares de casos já tratados pela súmula vinculante, possibilitando que essas Cortes possam unificar a jurisprudência, deixando de ser escravas dos milhares de processos repetitivos que elas têm que julgar todos os dias¹⁸⁹. Aliando-se a outras reformas produzidas para aliviar a carga de trabalho desses tribunais, como a repercussão geral e a chamada súmula impeditiva de recursos, a súmula vinculante é uma poderosa arma para garantir maior operatividade dos nossos tribunais, especialmente o STF.

Dessa forma, a missão Constitucional dada ao Supremo Tribunal Federal de guardar a Constituição poderia ser muito melhor exercida, já que a Corte não precisaria ficar repetindo uma jurisprudência já formada, podendo se dedicar ao julgamento de novos casos.

iguais e definidas pelos Tribunais Superiores” (DAIDONE, Décio Sebastião. **A súmula vinculante e impeditiva**. São Paulo: LTr, 2006, p. 80).

¹⁸⁷ Exemplo dessa maior celeridade recursal é o artigo 557 do Código de Processo Civil, cuja redação é a seguinte: Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1o-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

¹⁸⁸ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula Vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 227.

¹⁸⁹ Nesse sentido, Daniel Assumpção Neves: “Para enfrentar a situação caótica presente atualmente no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, a adoção da súmula vinculante serviria como meio resolutório do excessivo número de processos que chegam a tais Tribunais. A obrigatoriedade na adoção de entendimento já sumulado viria então diminuir a carga de processos dirigidos a esses tribunais. Parece claro que seria de fato esse efeito que viria a se verificar, com considerável diminuição dos processos repetitivos, em geral na qual temo o Estado como litigante”. NEVES, 2006, p. 232.

4 O ESTUDO DOS DISPOSITIVOS QUE REGULAMENTAM A SÚMULA VINCULANTE

O presente capítulo visa estudar os dispositivos normativos que introduziram a súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, far-se-á uma breve incursão, comentando as principais disposições dos artigos 103-A da Constituição e da Lei 11471/2007, que são os principais instrumentos normativos que tratam do assunto¹⁹⁰.

4.1 QUÓRUM QUALIFICADO

Uma das exigências do artigo 103-A da Constituição é o quórum qualificado de dois terços dos membros para a aprovação de súmula vinculante. Levando-se em conta a composição plenária de onze ministros, conclui-se que é necessária a concordância de, no mínimo, oito deles para a edição de súmula vinculante. Percebe-se, então, um tratamento mais rigoroso no que se refere ao quórum de aprovação da súmula vinculante quando comparado ao estabelecido para a súmula persuasiva do Supremo Tribunal Federal, que exige apenas maioria absoluta (seis ministros), nos termos do artigo 102, §1º, do RISTF¹⁹¹.

Observando-se a redação do dispositivo, nota-se que a exigência do quórum qualificado poderia restringir-se apenas à edição de súmula vinculante, não se aplicando no caso de cancelamento ou revisão. Tal discussão, entretanto, não teve sequer tempo de prosperar, visto que a Lei 11417/2007 encerrou de vez a questão quando em seu artigo 2º, §3º, previu expressamente que a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.

¹⁹⁰ O texto do artigo 103-A e da Lei 11417/2006 será disponibilizado na íntegra nos Anexos I e II desta dissertação.

¹⁹¹ Art. 102. A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Supremo Tribunal Federal. § 1º A inclusão de enunciados na Súmula, bem como a sua alteração ou cancelamento, serão deliberados em Plenário, por maioria absoluta.

Ademais, é preciso esclarecer ainda que a maioria qualificada (oito ministros) em nada afeta as reiteradas decisões prévias, que funcionam como paradigmas para a súmula vinculante. Assim, é perfeitamente possível que uma súmula vinculante seja aprovada com base em reiteradas decisões concretas tomadas por maioria absoluta pela Suprema Corte (seis ministros apenas), desde que no momento de criação da súmula haja o quórum qualificado¹⁹².

Por fim, André Ramos Tavares chama a atenção que esse quórum qualificado não se aplica à fundamentação da súmula vinculante, apenas à sua aprovação. Dessa forma, seria possível a criação de um enunciado sumular que não indicasse o entendimento majoritário dos ministros do Supremo Tribunal Federal ou que não fosse fiel aos julgados nos quais a súmula se baseia. Por isso, o referido autor defende que o quórum qualificado também deveria ser exigido em relação à fundamentação da decisão, não apenas no processo de aprovação da súmula, pois

do contrário, as decisões reiteradas podem significar uma falsa representação do pensamento do Tribunal ou mesmo uma inútil representação desse pensamento para fins de transposição do concreto para ao geral-abstrato (processo de súmula vinculante). A inutilidade aflora quando se percebe que as fundamentações serão relevantes na edição, revisão ou cancelamento de súmula, pois o enunciado, em muitos casos, deverá incorporar a discussão, sob pena de inutilidade da própria súmula¹⁹³.

De fato, levando-se em conta que a súmula não é apenas o enunciado, embora se expresse por meio dele, incluindo-se em seu conceito também a sua fundamentação, seria muito importante um quórum qualificado de fundamentação em separado, na qual se exporiam as motivações que levaram à edição da súmula. Com isso, a posição da Suprema Corte ficaria mais clara e a súmula vinculante poderia cumprir com mais eficiência o seu papel de garantir segurança jurídica.

4.2 REITERADAS DECISÕES

¹⁹² O importante é que as reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal sejam decisões definitivas, ou seja, não é possível que decisões liminares, até pela sua precariedade, ensejem a criação de súmulas vinculantes, que devem ser o reflexo de uma jurisprudência pacífica da Suprema Corte. Ademais, não há qualquer problema que tais decisões sejam tomadas na mesma sessão, basta citar como exemplo a Súmula vinculante n. 06.

¹⁹³ TAVARES, André Ramos. **Nova lei de súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11417 de 19.12.2006**. 2. ed. São Paulo: Método, 2007, p. 49.

A discussão principal está em identificar o significado da expressão “reiteradas decisões”, já que o termo é uma cláusula geral, que possui uma abertura muito grande, sendo prudente uma fixação da quantidade mínima de precedentes necessária para que seja possível o início do processo de criação da súmula vinculante.

Não há acordo na doutrina sobre o assunto. Alguns defendem que precisaria haver vários julgados para satisfazer o requisito¹⁹⁴; outros que apenas dois casos já seriam suficientes¹⁹⁵; por fim, uma posição defendendo ser desnecessária uma fixação exata da quantidade de julgados¹⁹⁶.

Analisando as súmulas vinculantes já editadas pelo Supremo Tribunal Federal, nota-se que três casos são o bastante para atender à exigência das reiteradas decisões sobre o assunto¹⁹⁷. Não há uma explicação para o número, mas essa parece ser a tendência da Suprema Corte, sendo esse um número até razoável para a criação da súmula vinculante.

Além disso, vale investigar se as reiteradas decisões dizem respeito apenas ao caso da edição ou também à revisão e ao cancelamento da súmula vinculante. André Ramos Tavares explica que, num primeiro momento, a conclusão inicial seria de que a hipótese se aplicaria somente à edição, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal não admitiria recursos ou ações contrárias às súmulas, além do mecanismo da súmula impeditiva de recursos não possibilitar a formação dessas reiteradas decisões contrárias à súmula vinculante. Não há dúvidas, porém, de que essas decisões contrárias poderiam surgir, tanto no caso de desrespeito por parte dos magistrados e dos tribunais inferiores em adotar a orientação sumular, quanto no caso da decisão em sede de reclamação constitucional por descumprimento da súmula¹⁹⁸. Em virtude disso, o autor defende que as reiteradas decisões sejam um requisito não apenas para a edição, mas também para a revisão e o cancelamento da súmula vinculante¹⁹⁹.

¹⁹⁴ LOBO, Arthur Mendes. **Breves comentários sobre a regulamentação da súmula vinculante**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, n. 45, jan./fev. 2007, p. 92.

¹⁹⁵ NOBRE JUNIOR, 2008, p. 46.

¹⁹⁶ SOUZA, 2006, p. 267.

¹⁹⁷ As súmulas vinculantes 1 (RE 418918 ; RE 427801 AgR-ED; RE 431363 AgR); 18 (RE 568596; RE 433460; RE 446999) e 20 (RE 476279; RE 476390; RE 597154 RG-QO) comprovam isso.

¹⁹⁸ TAVARES, 2007, p. 34.

¹⁹⁹ Nesse sentido, também é o pensamento de Gevany Manoel dos Santos, que afirma: “Assim, o pressuposto de “reiteradas decisões” é exigível na edição, revisão e no cancelamento. Mesmo porque não há como se pensar no fato de que depois de reiteradas decisões e a reunião do Supremo Tribunal Federal para editar a Súmula Vinculante sobre determinada matéria, verificada nos pedidos interpostos pelas pessoas legitimadas no art. 3º da Lei 11417, o mesmo Tribunal reformar ou cancelar a súmula vinculante sem o devido procedimento legal exigido. Se tal fato ocorrer, estar-se-á violando o princípio do controle constitucional, função esta da própria Suprema Corte”. SANTOS, 2008, p. 36.

Apesar da consistência dos argumentos apresentados, é preciso refletir um pouco sobre o assunto. Afinal, a principal finalidade da súmula vinculante é pacificar questões controvertidas, que passam a ser resolvidas a partir de soluções dadas pela Suprema Corte, que detém a missão de guardiã e principal intérprete da Constituição.

Nesse contexto, a súmula vinculante, até pelos seus rigorosos requisitos de criação, deve ser entendida como uma jurisprudência cristalina do Supremo Tribunal Federal na resolução de determinado problema²⁰⁰. Por exemplo, a redação da súmula vinculante número 2 é a seguinte: “É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias”. Diante disso, caso uma lei estadual seja criada dispondo sobre bingos, deverá ser considerada inconstitucional, pois essa é a posição do STF fixada no verbete sumular.

Podemos imaginar uma situação em que, apesar do teor dessa súmula vinculante, uma lei estadual seja criada dispondo bingos e os tribunais inferiores não a considerem inconstitucionais, fazendo com que o caso chegue ao Supremo Tribunal Federal. Supondo que o STF, que não está vinculado pela própria súmula, renove o seu entendimento, declarando a lei como constitucional. Isso nos levaria, então, a uma situação na qual é possível dizer que a jurisprudência da Suprema Corte já não é mais pacífica sobre o assunto, ou, pior, que o Supremo Tribunal Federal é contrário à sua própria súmula.

Em virtude disso, é preciso diferenciar bem as situações da edição e da modificação e cancelamento da súmula vinculante. No primeiro caso, são necessários os reiterados casos a fim de que a súmula seja, de fato, o produto de um longo processo de maturação de determinada jurisprudência da Suprema Corte. Nas demais situações, isso não é preciso²⁰¹, visto que nos levaria a aberrações como a obrigatoriedade de uma súmula que já não

²⁰⁰ Arthur Mendes Lobo defende que as reiteradas decisões não precisam necessariamente ser produzidas pelo Supremo Tribunal Federal, podendo ser oriundas de diversos tribunais no enfrentamento da matéria: “Entendemos que não necessariamente essas reiteradas decisões devam ser oriundas do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade, como, por exemplo, invocando-se acórdãos divergentes proferidos em recursos extraordinários. Entendemos ser possível admitir, por exemplo, o processamento do pedido de súmula vinculante diante de controvérsia entre julgados de tribunais estaduais ou entre esses e julgados do Superior Tribunal de Justiça, desde que eles envolvam matéria constitucional. No mesmo sentido, entendemos que é cabível um pedido de edição de súmula vinculante diante de decisões administrativas que reiteradamente versarem sobre comandos contidos na Constituição Federal”. LOBO, 2007, p. 92. Analisando a opinião do autor, parece haver uma confusão entre os requisitos da controvérsia atual entre órgãos do Judiciário e as reiteradas decisões. No primeiro caso é claro que a referência está na divergência de outros órgãos. No caso das reiteradas decisões, porém, não há como negar que elas devam ser todas do Supremo Tribunal Federal, afinal, a súmula é a pacificação de uma doutrina consolidada da Suprema Corte, caso não existam essas reiteradas decisões, então não há como falar em consolidação do entendimento.

²⁰¹ Defendendo a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal decidir contrariamente à súmula vinculante, embora tal decisão deva ser fruto de um amadurecido debate, no qual seja fixada uma nova posição da Suprema Corte LEITE, 2007, p. 147.

representa mais o entendimento do Supremo Tribunal Federal, mas que não pode ser alterada por ter de esperar a formação de reiteradas decisões sobre o assunto, subvertendo a própria finalidade da criação da súmula vinculante.

4.3 MATÉRIA CONSTITUCIONAL

A súmula vinculante deve versar sobre matéria constitucional, ainda que se refira a um princípio implícito da Constituição Federal. Isso não significa que apenas artigos constitucionais estão abrangidos, estando também toda norma submissa ao controle de constitucionalidade, tais como leis federais e demais atos normativos, desde que envolva, ainda que indiretamente, matéria constitucional. Quando tratar-se de um assunto exclusivamente infraconstitucional, então não poderá ser objeto de súmula vinculante.

Isso não provoca muita discussão e boa parte da doutrina aceita tal construção sem grandes controvérsias. Vale registrar, porém, que embora essa idéia realmente esteja correta, ela é pouco elucidativa, visto que numa Constituição tão abrangente quanto a brasileira, que espalha os seus princípios por todo o sistema jurídico²⁰², é muito difícil identificar o que não é matéria constitucional, ao menos indiretamente. Isso faz com que a súmula vinculante possa tratar de praticamente qualquer assunto, tendo em vista essa onipresença da Constituição no ordenamento jurídico brasileiro.

²⁰² Luis Roberto Barroso, falando sobre o movimento neoconstitucionalista, destaca o fortalecimento da Constituição, que se expandiu e abarcou os mais variados temas: “Quanto ao ponto aqui relevante, é bem de ver que todos os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram aspectos seus, de maior ou menor relevância, tratados na Constituição. A catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras miúdas, levando o leitor do espanto ao fastio. Assim se passa com o direito administrativo, civil, penal, do trabalho, processual civil e penal, financeiro e orçamentário, tributário, internacional e mais além. Há, igualmente, um título dedicado à ordem econômica, no qual se incluem normas sobre política urbana, agrícola e sistema financeiro. E outro dedicado à ordem social, dividido em numerosos capítulos e seções, que vão da saúde até os índios. Embora o fenômeno da constitucionalização do Direito, como aqui analisado, não se confunda com a presença de normas de direito infraconstitucional na Constituição, há um natural espaço de superposição entre os dois temas. Com efeito, na medida em que princípios e regras específicos de uma disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante. Trata-se da constitucionalização das fontes do Direito naquela matéria (...) A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional” BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em 12 de novembro de 2010.

4.4 CONTROVÉRSIA ATUAL QUE GERE GRAVE INSEGURANÇA JURÍDICA

Outro requisito necessário para a edição de súmula vinculante é a controvérsia entre os órgãos do Judiciário, ou seja, casos iguais devem estar sendo solucionados de maneira diferente pelos julgadores.

Além disso, a controvérsia entre o Judiciário e os órgãos da Administração Pública também é um fato que possibilita a edição de súmula vinculante²⁰³. Edílson Pereira Nobre Júnior cita como exemplo o caso dos benefícios previdenciários, oriundos da decisão do MS 21707/DF²⁰⁴, que serviria como um bom exemplo para a criação de uma súmula vinculante sobre o assunto:

Mais uma vez, é possível a exemplificação com o art. 53, II, do ADCT. Procurando desvendar o que se deva compreender pela ressalva inerente a “benefícios previdenciários”, que figura na parte final do dispositivo, o Supremo Tribunal Federal, pela unanimidade do seu plenário, reconheceu tal qualidade nas aposentadorias estatutárias. Não obstante, tal não serviu para a mínima sensibilização da Administração Castrense, a qual continua, sistematicamente, a negar o direito à percepção da pensão especial àqueles que são aposentados pelas forças do Erário Público, forçando-os, desnecessariamente, a acorrer a processo judicial para obter o que lhes é devido²⁰⁵.

Essa controvérsia deve ser atual, isto é, a questão não pode estar superada, embora no passado houvesse alguma discordância. É preciso que tanto no momento de discussão quanto no de decisão do processo da súmula vinculante, tal controvérsia ainda exista²⁰⁶.

²⁰³ Em sentido contrário, defendendo que a controvérsia só pode ocorrer entre órgãos judiciários: “Ora, como já mencionado, a Administração Pública não está acima da função jurisdicional, vez que essa sempre prevalece para impedir ou reparar lesões a direito (CF, art. 5º XXXV). Destarte, admitir a súmula vinculante quando a Administração, por qualquer motivo, não observa as decisões judiciais, não difere ontologicamente do descumprimento particular às ordens judiciais. E, de outra banda, editar a súmula vinculante neste caso, equivalerá a exercitar atividade legisferante, vez que não visa a aplacar conflitos que abalem a segurança jurídica, pois a certeza jurídica continuará intacta com a jurisprudência pacífica do Tribunais. Fere, também, portanto, o princípio do art. 2º da CF. Logo, somente a edição de súmula vinculante baseada em controvérsia atual entre órgãos judiciários é válida” SORMANI e SANTANDER 2008, p. 154-155.

²⁰⁴ **MS 21707 / DF - DISTRITO FEDERAL MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 18/05/1995 Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO Ementa** PENSÃO - EX-COMBATENTE - REGENCIA. O DIREITO A PENSÃO DE EX-COMBATENTE E REGIDO PELAS NORMAS LEGAIS EM VIGOR A DATA DO DO EVENTO MORTE. TRATANDO-SE DE REVERSAO DO BENEFÍCIO A FILHA MULHER, EM RAZÃO DO FALECIMENTO DA PROPRIA MÃE QUE A VINHA RECEBENDO, CONSIDERAM-SE NÃO OS PRECEITOS EM VIGOR QUANDO DO ÓBITO DESTA ÚLTIMA, MAS DO PRIMEIRO, OU SEJA, DO EX-COMBATENTE.

²⁰⁵ NOBRE JUNIOR, 2008, p. 44-45.

²⁰⁶ TAVARES, 2007, p. 42.

Além disso, essa controvérsia atual não pode representar apenas uma mera divergência de opiniões, é preciso que ela gere uma grave insegurança jurídica. Não há um consenso sobre qual foi a intenção do constituinte ao inserir o termo “grave” no dispositivo constitucional, visto que qualquer insegurança jurídica já possuiria essa qualidade. Essa gravidade, então, por ser termo excessivamente aberto, dependerá das circunstâncias históricas do tema envolvido na discussão, sendo verificada topicamente pelo Supremo Tribunal Federal²⁰⁷.

4.5 RELEVANTE MULTIPLICAÇÃO DE PROCESSOS SOBRE IDÊNTICA QUESTÃO

Um dos objetivos da súmula vinculante é trazer maior celeridade no julgamento dos processos, uma vez que se procura estabelecer uma solução, que será obrigatória na resolução da questão, baseada na jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal.

Em virtude disso, a súmula vinculante só poderá ser utilizada a fim de resolver os casos que realmente afetem o funcionamento do Judiciário e, por isso, somente poderá ser produzida acerca de assuntos que gerem multiplicação de processos no Poder Judiciário.

Até por ser um termo aberto não se encontra uma definição precisa do que seja essa relevante multiplicação, apenas se aponta que são questões relevantes, que todos os dias abarrotam o Poder Judiciário, inviabilizando o seu funcionamento (como, por exemplo, questões envolvendo o FGTS).

Por fim, essa multiplicação deve reunir processos que tratam de idêntica questão²⁰⁸, ou seja, devem ter o seu conteúdo material ou instrumental feitos da mesma natureza²⁰⁹.

4.6 LEGITIMIDADE ATIVA

Em relação aos legitimados ativos para provocar o processo de súmula vinculante, o artigo 103-A da Constituição elencou, inicialmente, as mesmas autoridades que podem propor ação direta de inconstitucionalidade, sem prejuízo do que viesse a ser estabelecido em lei. Posteriormente, a Lei 11417/06 repetiu a previsão do artigo 103 da Constituição,

²⁰⁷ *ibid.* p. 43.

²⁰⁸ Segundo Alexandre Sormani e Nelson Santander serão processos de questões idênticas: “aqueles decorrentes de ações judiciais cuja causa de pedir e ou o pedido tratem da mesma questão, mesmo que sob “roupagem” jurídica diversa”. SORMANI e SANTANDER, 2008, p. 157.

²⁰⁹ SANTOS, 2008, p. 35.

acrescentando ainda o Defensor Público Geral da União, os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais, Tribunais Militares e os municípios (esse último com uma condição adicional).

A inclusão do Defensor Público-Geral da União²¹⁰ não deve causar polêmica, afinal embora a Constituição exija lei complementar para organizar a Defensoria Pública da União²¹¹, não exige lei complementar para estabelecer as atribuições da instituição, dessa forma, a própria lei ordinária poderia regulamentar a matéria, não havendo qualquer invalidade nisso. Apesar disso, para acabar com qualquer resquício de discussão acerca da constitucionalidade do assunto, é recomendável que se insira na Lei Complementar 80/94, nas atribuições do Defensor Público-Geral, a participação no processo de súmula vinculante.

A inclusão dos supracitados tribunais também não deve gerar problemas, sendo uma forma de incluir no debate alguns dos integrantes vinculados pelas súmulas. Dessa forma, não houve grandes alterações com a regulamentação infraconstitucional, visto que a lei apenas ampliou, timidamente, o rol dos legitimados, não inovando substancialmente no tratamento da matéria.

Vale dizer ainda que questão da pertinência temática não foi enfrentada pela Lei 11417/06. Em virtude disso, Glauco Salomão Leite considera que tal elemento restritivo não poderia ser aplicado à súmula vinculante, pois isso seria uma limitação ao exercício de uma competência, sem qualquer previsão no ordenamento jurídico. Assim, o fato da ação direta de inconstitucionalidade receber tal tratamento não permitiria a irradiação desse efeito para a súmula vinculante. Portanto, todos os legitimados seriam universais²¹².

Apesar disso, a maior parte da doutrina defende que a pertinência temática também é cabível no caso da súmula vinculante²¹³, não havendo motivos para um tratamento diferenciado entre súmula vinculante e ADI, já que ambos são processos objetivos e contam basicamente com o mesmo rol de legitimados. Ademais, a exigência de pertinência temática é uma construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, não sendo prevista expressamente em nenhum documento normativo. Com isso, uma vez que tal exigência é aceita para a ação direta de

²¹⁰ O chefe da Defensoria da União não é mais chamado de Defensor Público-Geral da União, mas de Defensor Público-Geral Federal desde o advento da Lei Complementar 132/2009 que alterou o artigo 6º da Lei Complementar 80.

²¹¹ Art. 134, § 1º: Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

²¹² LEITE, 2007, p. 142-143.

²¹³ Nesse sentido: TAVARES, 2007, p. 59; SORMANI e SANTANDER, 2008, p. 135.

inconstitucionalidade, não haveria problemas em aplicá-la para a súmula vinculante, já que em ambos os casos o escopo seria o mesmo: evitar a sobrecarga de processos no STF, inviabilizando os seus trabalhos.

Quanto aos novos legitimados, não haveria motivos para exigir pertinência temática do Defensor Público-Geral da União, pois a justificativa da sua atuação é basicamente a mesma do Conselho Federal da OAB; os Tribunais, ao contrário, precisam demonstrar a relação entre a proposição e os litígios que se encontram inseridos em suas competências²¹⁴, sendo plenamente aplicável a pertinência temática.

Por fim, vale comentar a situação dos municípios que, de acordo com o artigo 3º, §1º, só poderão propor incidentalmente ao curso do processo em que sejam parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, não se autorizando a suspensão do processo. Assim, além dos requisitos já previstos para os demais legitimados ativos, no caso dos municípios, é preciso que haja ainda um processo judicial²¹⁵ em andamento²¹⁶. É importante frisar também que é nesse processo que será estabelecida a extensão da discussão promovida, ou seja, somente a partir de uma discussão concreta que se proporá uma súmula vinculante abstrata.

4.7 OBJETIVO: VALIDADE, INTERPRETAÇÃO E EFICÁCIA DE NORMAS

Primeiramente, vale dizer que ao estabelecer como objetivo da súmula vinculante o tratamento da validade, interpretação e eficácia de normas, utilizou termos sobre os quais a Teoria do Direito não possui um consenso, o que pode ser perigoso, visto que de acordo como se encare as expressões, conclusões completamente diferentes podem ser produzidas.

²¹⁴ NOBRE JUNIOR, 2008, p. 62.

²¹⁵ André Ramos Tavares alerta que tal processo não pode ser administrativo, senão bastaria ao município deflagrar internamente um processo e tal requisito já estaria cumprido, o que retiraria qualquer utilidade de tal exigência (TAVARES, 2007, p. 63).

²¹⁶ Segundo Glauco Salomão Leite, esse processo deve estar em andamento no Supremo Tribunal Federal: “Apesar de o dispositivo legal não deixar claro se esse processo deve estar em curso no próprio Supremo Tribunal Federal, entende-se que deve ser essa a interpretação a ser seguida, já que é aquele órgão judicial, e não outro, o único habilitado a criar súmula com efeito vinculante. Logo, apenas estando o processo em trâmite no próprio Supremo Tribunal Federal é que os municípios-partes poderão requerer-lhe a criação de súmula vinculante” (LEITE, 2007, p. 141). Em sentido contrário, Arthur Mendes Lobo defende que “a melhor exegese da norma é no sentido de autorizar o pedido incidental do Município que atue como parte em qualquer processo e não, necessariamente, em processos que tramitem no Supremo Tribunal Federal (recurso, medida cautelar, suspensão de segurança, ações de competência originária etc). Isso porque, onde a lei não restringiu, não cabe ao intérprete fazê-lo (LOBO, 2007, p. 88).

Enfrentando inicialmente a questão da norma jurídica, podemos retomar o conceito do capítulo 1 e dizer que as normas jurídicas são as partes que formam o sistema jurídico, ou seja, elas se confundiriam com o próprio enunciado, diferenciando-se por meio da sua tipologia e função desempenhada no ordenamento jurídico.

Quanto à validade, ela é basicamente o exame da compatibilidade entre a norma inferior com as normas superiores do ordenamento jurídico. Assim, quando analisamos a validade de uma lei, na verdade, estamos tratando da pertinência entre essa lei e a Constituição²¹⁷, que é a norma válida de maior hierarquia em nosso ordenamento jurídico. A súmula vinculante, então, enquanto norma interpretativa visa, por meio de um enunciado vinculante produzido pelo Supremo Tribunal Federal, acabar com a controvérsia existente acerca da validade de determinada norma jurídica, indicando a tese jurídica a ser adotada pelo julgador. Por exemplo, no caso da súmula vinculante número 25 ao dizer que “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”, está, na verdade, explicitando a posição que deve ser adotada na análise da validade da prisão do depositário infiel.

As palavras de Karl Larenz são elucidativas ao afirmar que “interpretar um texto quer dizer, portanto, decidir-se por uma entre muitas possíveis interpretações, com base em considerações que fazem aparecer tal interpretação como a correta²¹⁸”. Dessa forma, em se tratando de súmula vinculante, controvérsia de interpretação é o “desacordo sobre o melhor significado de determinado dispositivo de acordo com os ditames constitucionais²¹⁹”. Isso significa basicamente que o Supremo Tribunal Federal fixará, por meio de um enunciado de súmula vinculante, como determinada norma deve ser interpretada pela autoridade submetida ao seu comando. A súmula vinculante número 23 (a justiça do trabalho é competente para processar e julgar ação possessória ajuizada em decorrência do exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada) visa esparcar qualquer dúvida acerca da interpretação a ser dada sobre a competência da Justiça do Trabalho para julgar ação possessória ajuizada em decorrência do exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada.

²¹⁷ Nesse sentido, Edilson Pereira Nobre Júnior: “Ora, ao referir-se, como objetivo da Súmula, a validade de normas determinadas, o constituinte quer dizer encontrar-se inserida nesta província a discussão sobre se determinado ato normativo, lei ou regulamento é ou não compatível, formal ou materialmente, com a Constituição”. NOBRE JUNIOR, 2008, p. 41.

²¹⁸ LARENZ, 2005, p. 281.

²¹⁹ LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **Reflexões sobre as súmulas vinculantes** in TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Método, 2005, p. 309.

Por fim, existe também a controvérsia acerca da eficácia da norma. Esse é um conceito que deveria ter sido evitado pelo constituinte, tendo em vista a variedade de entendimentos existentes sobre o assunto. No presente trabalho, eficácia está ligada à aplicação prática de uma norma hipoteticamente prevista. Assim, quando a sociedade obedece a um comando normativo, podemos dizer que existe eficácia social e quando é o magistrado quem o aplica em suas decisões, então, estamos falando de eficácia jurídica.

No caso da súmula vinculante, não há dúvidas de que elas não possuem a função, nem a pretensão, de influenciar a eficácia social (para isso basta observar quem está submetido à autoridade das súmulas vinculantes). Com isso, teoricamente, ela deveria estar voltada basicamente para a eficácia jurídica da norma. Entretanto, observando o modo como o termo foi usado no texto normativo, nota-se uma aproximação muito maior entre a súmula vinculante e a vigência da norma (que está ligada à obrigatoriedade da norma), do que propriamente com a eficácia²²⁰, ao menos na forma como a expressão vem sendo utilizada na presente dissertação²²¹.

Portanto, embora o constituinte tenha utilizado o termo eficácia, na verdade, a súmula vinculante tem como objetivo dispor sobre a vigência de determinada norma, definindo, principalmente, os seus efeitos espaciais e temporais. Como exemplo, podemos citar a súmula vinculante número 26 (para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico), informando desde quando deve incidir inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei 8.072/1990.

²²⁰ Uma rápida análise nos enunciados produzidos comprova isso. O artigo 103-A, §1º, por exemplo, fala em controvérsia atual sobre a eficácia de determinada norma, acarretando grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos; o artigo 4º da Lei 11417/2006 é ainda mais claro quando diz que a súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público. A eficácia imediata ou protraída parece muito mais ligada à vigência (obrigatoriedade) da norma do que propriamente à sua aplicação prática pelos órgãos sob a sua autoridade.

²²¹ Como já foi discutido amplamente no capítulo 1, não há consenso sobre um conceito de eficácia. Autores como Edilson Pereira Nobre Júnior entendem que “competirá ao Pretório Excelso afirmar qual o alcance dos efeitos numa determinada no tempo e no espaço” (NOBRE JUNIOR, 2008, p. 42), alinhando-se com a compreensão de eficácia defendida pelo constituinte. Nesse sentido, também LAMY; CONCI (2005, p. 309).

4.8 EFEITO VINCULANTE: MOMENTO E ABRANGÊNCIA

A Constituição foi expressa em afirmar que a súmula vinculante só começará a gerar efeitos a partir da sua publicação na imprensa oficial. Nesse ponto, vale ressaltar apenas a vedação expressa de qualquer tentativa de retroatividade no caso da súmula vinculante. Dessa forma, mesmo com a lei criando um mecanismo para a modulação dos efeitos (que será analisado mais adiante), essa ferramenta só poderá funcionar para o futuro, pois, do contrário, haveria violação do comando constitucional.

Entre os afetados por esse instituto estão os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Sobre o assunto, basta afirmar apenas que um dos alvos pretendidos pela Emenda Constitucional 45 era justamente a Administração Pública, que como grande “cliente” do Poder Judiciário passou a ser obrigada a adotar os enunciados vinculantes do Supremo Tribunal Federal, o que pode diminuir significativamente a discussão sobre matérias repetitivas, que já tinham um pronunciamento da Suprema Corte sobre o assunto, mas que, não obstante, eram objetos de discussão pela Administração Pública²²². Ademais, houve um cochilo do constituinte (repetido pela Lei 11417 de 2006) que não incluiu o Distrito Federal entre os entes vinculados pela súmula vinculante²²³. Apesar disso, não há dúvidas de que tal ente também está envolvido por essa autoridade, até pela sua identidade de tratamento em relação a Estados e municípios.

²²² Comentando sobre o assunto, Bruno Mattos e Silva é enfático ao afirmar: “Mas o aspecto mais importante da Reforma do Judiciário é, certamente, a aprovação da súmula vinculante para a Administração Pública. A partir de agora, está a Administração Pública direta e indireta, dos três níveis de governo, vinculadas às súmulas do STF que gozarem do atributo da vinculação, isto é, que atenderem aos requisitos do art. 103-A da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004 ou do art. 8º dessa mesma Emenda. Se o STF, órgão supremo do Judiciário nacional, constitucionalmente competente para interpretar a Constituição Federal, decide que a interpretação de um dispositivo constitucional é em um determinado sentido, não é nem um pouco razoável que qualquer outro órgão do Estado brasileiro (seja judicial ou administrativo) venha dar outra interpretação ou venha decidir em sentido contrário. Isso significa que se o STF disser que o percentual correto de reajuste para um aposentado ou para o FGTS é xis, não pode (ou, pelo menos, não poderia) um juiz dar outro percentual ou o administrador público deixar de pagar esse xis de reajuste. SILVA, Bruno Mattos e. **A súmula vinculante para a Administração Pública aprovada pela Reforma do Judiciário**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 541, 30 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6101>>. Acesso em: 11 de junho de 2010.

²²³ Nesse sentido, Gevany Manoel dos Santos: “Assim, vinculados ao enunciado de súmula vinculante está toda a administração pública citada no §2º da Li da Súmula Vinculante. Lembrando-se que o referido artigo não tem forma taxativa e certamente estão vinculados também os distritos, entre eles o próprio Distrito Federal, mesmo não tendo sido citados. Absurdo seria pensar que os distritos ficaram fora da vinculação quando toda a esfera administrativa está obrigada” (SANTOS, 2008, p. 70).

Quanto aos órgãos do Poder Judiciário que estão vinculados, eles estão indicados no artigo 92 da Constituição²²⁴, exceto no que diz respeito ao Supremo Tribunal Federal, que não está vinculado pelas suas próprias súmulas²²⁵. Isso ocorre, pois a redação do artigo é bem clara em dizer que somente os demais órgãos estão vinculados, excluindo-se, assim, o Supremo Tribunal Federal desse rol.

Outrossim, o próprio espírito da súmula vinculante é garantir estabilidade às decisões judiciais e não impedir o desenvolvimento jurisprudencial realizado pelo Supremo Tribunal Federal, que não pode se tornar refém das suas próprias decisões. É lógico que uma decisão da nossa Suprema Corte contrária a uma súmula vinculante deve ser fruto de um debate amadurecido dessa nova diretriz tomada, já que provocará grandes alterações no cenário jurídico brasileiro. Isso, contudo, não pode tolher o Supremo Tribunal Federal de tomar as decisões que considerar necessárias para exercer o seu papel de guardião da Constituição.

Gevany Manoel dos Santos fala comenta o assunto:

A primeira vista é de se entender que, ficando o Supremo Tribunal Federal fora do elenco dos órgãos obrigados a obedecer às decisões vinculantes, estará ele livre para continuar dando andamento em processos de mesma matéria e até julgando contrário à súmula. (...) Se a Suprema Corte também estivesse obrigada, não haveria razão para a previsão de revisão e de cancelamento porque, uma vez editada a súmula vinculante, adquiria o caráter perpétuo não mais podendo ser modificada ou extinta, nem mesmo por iniciativa dos demais órgãos do Poder Judiciário ou da Administração Pública²²⁶.

Por fim, também se percebe que o legislador também não está vinculado às súmulas vinculantes. Isso é fundamental, pois espanca qualquer dúvida que se levante acerca da violação do princípio da separação dos Poderes, tendo em vista que o Legislativo terá plena liberdade de atuação, independentemente do que vier a ser sumulado pelo Supremo Tribunal

²²⁴ Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

²²⁵ Em sentido contrário, Rodolfo de Camargo Mancuso: “Embora diga o art. 103-A, *caput*, da CF que a súmula terá efeito vinculante “em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário” – o que à primeira vista parece excluir o STF, órgão de cúpula, emissor da súmula – a interpretação não pode ser assim literal, devendo sofrer os temperamentos que se seguem. Enquanto estiverem em plena vigência e eficácia, as súmulas que o próprio STF *confirmar* como vinculantes (art. 8º da EC 45/2004) é claro que são cumpridamente perfilhadas e prestigiadas pela Corte, não fazendo sentido que o STF tergiversasse sobre os extratos de sua própria jurisprudência assentada, às quais ele mesmo dotou de força vinculativa. Tal não impede que, sobrevindo circunstâncias relevantes, deliberem 2/3 dos seus membros em revisar ou mesmo cancelar este ou aquele enunciado; isso pode ocorrer se, ulteriormente, vem a se formar melhor exegese, ou, principalmente, se advém direito novo, incompatível com o enunciado assentado (Lei 11417/2006, §3º do art. 2º; art. 5º)”. MANCUSO, 2007, p. 367.

²²⁶ SANTOS, 2008, p. 46.

Federal, podendo, inclusive, tratar uma matéria de forma contrária ao estabelecido em súmula vinculante²²⁷.

A questão será tratada com mais detalhes no capítulo seguinte, quando falaremos da relação entre lei e súmula vinculante. Por enquanto, o importante é deixar evidenciada a independência de atuação do Poder Legislativo, que não está vinculado à autoridade da súmula vinculante²²⁸.

4.9 CONTRARIEDADE À SÚMULA VINCULANTE

A súmula vinculante foi criada para garantir segurança jurídica, fornecendo uma solução para casos em que exista controvérsia jurídica.

O §3º do artigo 103-A da Constituição diz que do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula ou aplicá-la indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal. O artigo 7º da Lei 11417/2006 praticamente repete o texto, adicionando apenas que a negativa de vigência também será hipótese de reclamação. Embora pareçam três situações diferentes, na verdade, todas elas podem ser consideradas causas de descumprimento da súmula vinculante, que ocorrerá “tanto nas ações quanto nas omissões que, de alguma forma, contrariarem, ignorarem, negarem vigência, aplicando ou interpretando indevidamente a súmula cuja incidência seja invocada²²⁹”. Dessa forma, o dispositivo infraconstitucional em nada inovou no tratamento da matéria, afinal, todo ato (omissivo ou comissivo) que violar a súmula vinculante poderá ser objeto de reclamação.

²²⁷ Nesse sentido, Marcelo Alves Dias de Souza: “Evidentemente, o Poder Legislativo, no exercício de sua função típica, não estará vinculado pela Súmula. Isso deflui, claramente, do texto constitucional reformado que, em momento algum, se reporta, quanto à vinculatividade da súmula, ao Poder Legislativo, que poderá, assim, legislar em sentido contrário ao enunciado sumular”. SOUZA, 2006, p. 273.

²²⁸ Rodolfo de Camargo Mancuso chama a atenção para uma vinculação indireta ou reflexa do Poder Legislativo perante a súmula vinculante, afirmando: “O STF é o órgão de cúpula do Judiciário, cabendo-lhe a “guarda da Constituição” (CF, art. 102, *caput*), e, ao emitir uma súmula vinculante ele *fixa* – no espaço e no tempo – a validade, interpretação e eficácia de uma dada norma em matéria constitucional. Assim, um projeto legislativo, ao passar, v.g., pela Comissão de Constituição e Justiça, será, também, avaliado quanto à sua conformidade – formal ou material – em face de um enunciado vinculativo do STF existente sobre a matéria, e, conforme o resultado, terá prosseguimento, será reformulado ou mesmo arquivado. Até porque, a norma promulgada em assimetria com o conteúdo de súmula vinculante virá a ser, oportunamente, aplicada, ou por um juiz, num caso concreto, ou por um agente público, na relação com o administrado, e tanto a decisão judicial quanto o ato administrativo poderão vir a ser objeto de reclamação que, acolhida pelo STF, levará à cassação da decisão judicial ou à anulação do ato administrativo (CF, §3º do art. 103-A; Lei 11417/2006, §2º do art. 7º). É assim que o Legislativo, a nosso ver, poder-se-á alcançar, indireta ou reflexamente, pelos enunciados vinculativos do STF. MANCUSO, 2007, p. 360-361.

²²⁹ TAVARES, 2007, p. 80.

4.9.1 Natureza jurídica da reclamação

Muito se discute acerca da natureza jurídica da reclamação, que é defendida como uma ação por alguns, como um recurso por outros e até como o exercício do direito de petição²³⁰.

Aqueles que alegam se tratar de natureza recursal procuram fundamentar seu entendimento no fato de que há sempre de uma decisão anterior, passível da interposição do recurso de Reclamação. Procura-se, então, identificar características presentes tanto no recurso como na reclamação (existência de uma ação prévia na qual se discute um assunto, como pressuposto para ambos; discordância com uma decisão tomada nesse processo originário) e, baseado nessas semelhanças, igualar a natureza jurídica de ambos²³¹.

Apesar dessa aproximação em certos pontos, não é possível admitir a reclamação como recurso, visto que é indiferente aos pressupostos recursais da sucumbência, revisibilidade e aos prazos.

Também não pode ser considerada como direito de petição, já que possui pressupostos processuais próprios, possuindo natureza jurisdicional, não administrativa, e exigências muito mais complexas que o simples direito de peticionar²³².

²³⁰ ADI 2212 / CE - CEARÁ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Julgamento: 02/10/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 108, INCISO VII, ALÍNEA I DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ E ART. 21, INCISO VI, LETRA J DO REGIMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL. PREVISÃO, NO ÂMBITO ESTADUAL, DO INSTITUTO DA RECLAMAÇÃO. INSTITUTO DE NATUREZA PROCESSUAL CONSTITUCIONAL, SITUADO NO ÂMBITO DO DIREITO DE PETIÇÃO PREVISTO NO ARTIGO 5º, INCISO XXXIV, ALÍNEA A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 22, INCISO I DA CARTA. 1. A natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal. Em consequência, a sua adoção pelo Estado-membro, pela via legislativa local, não implica em invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I da CF). 2. A reclamação constitui instrumento que, aplicado no âmbito dos Estados-membros, tem como objetivo evitar, no caso de ofensa à autoridade de um julgado, o caminho tortuoso e demorado dos recursos previstos na legislação processual, inegavelmente inconvenientes quando já tem a parte uma decisão definitiva. Visa, também, à preservação da competência dos Tribunais de Justiça estaduais, diante de eventual usurpação por parte de Juízo ou outro Tribunal local. 3. A adoção desse instrumento pelos Estados-membros, além de estar em sintonia com o princípio da simetria, está em consonância com o princípio da efetividade das decisões judiciais. 4. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente.

²³¹ Nesse sentido: SANTOS, 2008, p. 107.

²³² Corroborando com esse entendimento AI 258867 STF/ RE 258088.

Portanto, a reclamação possui natureza jurídica de ação processual²³³, devendo sempre haver: partes legítimas (reclamante, que será o interessado na reforma do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar aplicar indevidamente a súmula vinculante; e o reclamado, que é a autoridade judicial ou administrativa que contraria o enunciado sumular); causa de pedir (existência de decisão judicial ou administrativa contrária à súmula); e o pedido (que poderá ter caráter desconstitutivo no caso da decisão judicial ou ato administrativo ou mandamental, conforme previsto no artigo 64-B da Lei 9784, com redação atribuída pelo artigo 9º da Lei 11417/2006²³⁴).

Esse caráter de ação da reclamação também foi contemplado pelo legislador, que, tratando do tema, previu o seu procedimento nos artigos 13 a 18 da Lei 8038/90, cujo Título I trata dos Processos de competência originária e não de recursos, que aparece apenas no Título II da lei. Também a Constituição, no artigo 103-A, §3º, fala em procedência, termo tecnicamente usado quando se trata de ações.

4.9.2 O iter procedimental da reclamação

A reclamação constitucional foi prevista no artigo 102, I, *l*, da Constituição, tendo seu procedimento regulado nos artigos 13 a 18 da Lei 8038 e nos artigos 156 a 162 do Regimento Interno do STF. Assim, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões. Não houve um tratamento minucioso da matéria e, com isso, muitas questões ficam em aberto, o que acaba gerando algumas dúvidas e prejudicando o entendimento acerca da súmula vinculante.

Primeiramente, não foi enfrentada a questão da possibilidade ou não de medida liminar para a reclamação. Apesar do silêncio da lei, a doutrina, em geral, aceita as decisões liminares em sede de reclamação²³⁵.

Além disso, embora o artigo 15 da Lei 8038/1990 diga que qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante, dando margem a uma interpretação que admite a

²³³ Vasta doutrina segue esse entendimento, sendo possível citar a título de exemplificação: MANCUSO, 2007, p. 365; MORATO, Leonardo L. **Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante**. São Paulo: RT, 2007, p. 110; ALVIM, Eduardo Arruda. **Do cabimento de reclamação pelo descumprimento de súmula vinculante à luz da Lei n. 11417/2006**, in Revista Forense, vol. 394 (novembro-dezembro de 2007). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 62.

²³⁴ ALVIM, 2007, p. 65.

²³⁵ Nesse sentido, LEITE, 2007, p.189; SANTOS, 2008, p. 121; TAVARES, 2007, p. 84.

intervenção de terceiros no processo de reclamação, vale advertir que para a pessoa possa ter seu interesse reconhecido, é preciso demonstrar uma violação a um direito material²³⁶. Assim, não é qualquer interesse que enseja a intervenção em caso de reclamação.

Quanto aos possíveis recursos cabíveis da decisão de reclamação, é preciso diferenciar duas situações: quando o relator julgar a questão, por considerá-la matéria objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal²³⁷; ou sendo o julgamento proferido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal. No primeiro caso, não parece haver dúvidas de que cabe agravo regimental para impugnar a decisão, nos termos do artigo 317 do Regimento Interno do STF²³⁸. Já no segundo, o único recurso cabível seria embargos de declaração²³⁹.

4.9.3 Consequências da decisão de reclamação

Primeiramente, vale dizer que a reclamação julgada improcedente, logicamente, mantém inalterada a decisão administrativa ou judicial desafiada por essa ação.

Quando, todavia, for procedente, nos termos do artigo 103-A, §3º, da Constituição, ela anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Isso significa que a decisão procedente em sede de reclamação não possui um caráter substitutivo, mas apenas desconstitutivo-mandamental em relação à decisão contrária à súmula vinculante. Assim, o Supremo Tribunal Federal não pode julgar, na própria decisão da reclamação, o caso concreto objeto de súmula vinculante, somente analisar se houve alguma violação à súmula vinculante, em caso positivo, anula-se a decisão (desconstitutivo) e exige-se que outra seja tomada (mandamental)²⁴⁰.

²³⁶ Leonardo Morato, falando sobre o tema, ensina que: “Haverá o interesse jurídico de terceiro na reclamação se a esfera de direitos dele puder ser afetada, em maior ou menor grau – juridicamente falando –, pela decisão que vier a ser proferida, ou seja, se a supressão do desacato – com a garantia da autoridade da decisão afrontada, ou com a aplicação adequada à súmula vinculante (ou a inaplicação dela, conforme o caso), ou a imposição da norma de competência usurpada – puder afetar relação jurídica de que faça parte juntamente com um dos sujeitos do feito reclamatório”. MORATO, 2007, p. 130/131.

²³⁷ Esse julgamento é permitido pelo artigo 161, parágrafo único do Regimento Interno do STF: **Parágrafo único**. O Relator poderá julgar a reclamação quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal.

²³⁸ **Art. 317** - Ressalvadas as exceções previstas neste Regimento, caberá agravo regimental, no prazo de cinco dias de decisão do Presidente do Tribunal, de Presidente de Turma ou do Relator, que causar prejuízo ao direito da parte.

²³⁹ Nesse sentido, SORMANI e SANTANDER, 2008, p. 177.

²⁴⁰ Nesse sentido, Glauco Salomão Leite: “Dessa maneira, a atuação do Supremo Tribunal Federal, nessa sede restringe-se a restaurar a autoridade de sua jurisprudência obrigatória, invalidando os atos (decisões judiciais e

4.9.4 Reclamação constitucional como alternativa processual

O artigo 7º, *caput*, da Lei 11417/2006 dispõe que a reclamação poderá ser ajuizada, sem prejuízo de recursos e outros meios de impugnação. Dessa maneira, evidencia-se que a reclamação é apenas uma alternativa colocada à disposição para anular um ato administrativo ou cassar uma decisão contrária à súmula, mas não é o único meio de se obter esse resultado. Assim, quando uma súmula vinculante for violada, o jurisdicionado pode interpor o recurso que for cabível para a situação (apelação, por exemplo) e, simultaneamente, impetrar uma reclamação perante o Supremo Tribunal Federal.

Sobre o assunto, Eduardo Arruda Alvim defende que o dispositivo legal conduz à idéia de que a reclamação só será cabível enquanto houver litispendência, ou seja, enquanto houver um processo em curso, sem o trânsito em julgado da decisão²⁴¹. Uma vez resolvido o mérito da decisão e incidindo a autoridade da coisa julgada, a parte perderia o interesse jurídico no mérito da reclamação²⁴². Tal entendimento, segundo o autor, foi cristalizado na súmula 734 do STF (não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do supremo tribunal federal). Assim, a reclamação somente serviria para os processos em curso, exercendo um papel diferente daquele destinado à ação rescisória, essa sim voltada para a reforma de uma decisão transitada em julgado²⁴³. De acordo com essa leitura feita pelo autor, então, o recurso seria uma necessidade para a própria sobrevivência da reclamação, já que evitaria o trânsito em julgado do processo e, com isso, preservaria o interesse jurídico da ação constitucional.

Outra mensagem importante que se depreende da leitura do dispositivo é que o sucesso e a garantia da autoridade da súmula vinculante não é uma missão exclusiva do Supremo Tribunal Federal, mas de todos os órgãos da Administração Pública e aqueles hierarquicamente inferiores do Poder Judiciário, que também devem, por meio do julgamento de recursos e impugnações, manter a integridade e força das súmulas vinculantes.

atos administrativos) que se afastaram de sua orientação, sem, contudo, praticar os atos “corretos” (...) Assim, mantém-se a coerência com o regime geral das súmulas vinculantes e com a natureza mandamental e correccional da reclamação” LEITE, 2007, p. 188.

²⁴¹ Em sentido contrário, MORATO, 2007, p. 80.

²⁴² Também seguindo essa doutrina, que defende a simultaneidade entre reclamação e outros recursos como forma de evitar a coisa julgada, KRONENBERG, Rodolfo Hartmann. **A súmula vinculante e a Lei 11417/06.** in Revista da EMERJ, v. 10, n. 39. Rio de Janeiro: EMERJ, 2007, p. 290.

²⁴³ ALVIM, 2007, p. 66.

Portanto, a reclamação não é o único meio necessário para se preservar a força normativa da súmula vinculante, sendo apenas uma opção a ser utilizada conjuntamente com outros recursos e meios de impugnação.

4.10 NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DAS VIAS ADMINISTRATIVAS

O artigo 7º, §1º, da Lei 11417/2006 previu como uma das exigências para o uso da reclamação contra omissão ou ato da Administração Pública o esgotamento das vias administrativas.

Antes de adentrar propriamente na análise do dispositivo, vale comentar a falta de técnica do legislador ao redigir o artigo, que pode provocar sérios prejuízos no tratamento da matéria. A doutrina considera “ato da Administração” como todos aqueles oriundos dos órgãos da Administração Pública, direta e indireta. Assim, estariam abarcados os atos administrativos, aqueles regidos pelo Direito Privado, os atos materiais (atos administrativos), os atos normativos (como os regulamentos), os atos políticos e etc. Já os atos administrativos podem ser definidos como atos jurídicos, individuais e concretos, expedidos pelo Estado, ou por quem o represente, sob a égide do regime-jurídico administrativo²⁴⁴, ou seja, são basicamente aqueles atos regidos pelo regime Direito Público, sendo apenas uma espécie do gênero “atos da Administração”. A Lei de Súmula Vinculante parece cometer uma impropriedade, utilizando indiscriminadamente a expressão “ato da administração” como sinônimo de “ato administrativo”, para isso basta observar o *caput* e o §2º do mesmo artigo, que utiliza o termo “ato administrativo”, devendo haver uma interpretação restritiva no que tange ao §1º, a fim de que o mesmo abarque apenas os atos administrativos, “realizando-se uma típica declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto para afastar, do universo dos atos da Administração Pública, os atos não administrativos”²⁴⁵.

Feita essa observação, já é possível falar propriamente do disposto no artigo. A grande crítica que se faz ao dispositivo é que ele violaria o artigo 5º, XXXV, da Constituição, uma vez que a lei ordinária não poderia prever um requisito restringindo a utilização da reclamação, sem que ele estivesse constitucionalmente previsto. O argumento seria de que se o constituinte derivado não exigiu o esgotamento das vias administrativas, logo o legislador não poderia ter

²⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. rev. e atual. até a emenda constitucional 57, de 5.7.2008. São Paulo: Malheiros, p. 358.

²⁴⁵ TAVARES, 2007, p. 87.

feito tal exigência, pois, nesse caso, estaria extrapolando as suas funções e criando um requisito inconstitucional, ainda mais se tratando da Administração Pública que é o maior foco da súmula vinculante e, com isso, estaria protegida de seus efeitos²⁴⁶.

Apesar dessas observações de parte da doutrina, não há dúvidas de que foi salutar a exigência de esgotamento das vias administrativas, trazidas pelo legislador ordinário. Afinal, embora não seja possível utilizar a reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal, todos os outros meios de impugnação previstos no sistema jurídico estarão à disposição para garantir a autoridade da súmula vinculante, inclusive contra a Administração Pública.

Ademais, um dos objetivos da súmula vinculante foi desafogar o Supremo Tribunal Federal, que não precisaria mais perder tanto tempo no julgamento de processos em que a jurisprudência com jurisprudência já cristalizada em determinado sentido. Ora, num país continental como o Brasil, com mais de 5500 (cinco mil e quinhentos) municípios, onde a burocracia se faz excessivamente presente nos órgãos administrativos, que produzem milhares de atos administrativos diariamente, permitir que todos eles fossem questionados diretamente no Supremo Tribunal Federal, sem nenhum tipo de filtro, certamente inviabilizaria os trabalhos da nossa Suprema Corte²⁴⁷.

André Ramos Tavares comenta o assunto

Nesse ponto, é preciso reafirmar que acesso “ilimitado” ao Judiciário não pode ser confundido com acesso “ilimitado” ao STF enquanto Justiça Constitucional concentrada ou final. A idéia de acesso à Justiça Constitucional deve ser compreendida e proporcionada exclusivamente pelo modelo de controle difuso-concreto, não por uma ilimitada *actio popularis* direta ao STF. A capacidade operativa de um Tribunal Constitucional ou de uma Corte Suprema que desempenhe a função desse Tribunal em dado ordenamento (como o STF) deve partir da adoção da tese de “jurisdição constitucional como bem escasso”²⁴⁸.

4.11 O PERIGO DO EXCESSO DE RECLAMAÇÕES INVIABILIZAR A SÚMULA VINCULANTE

²⁴⁶ Nesse sentido, LOBO, 2007, p. 95-96; SORMANI e SANTANDER, 2008, p. 172-174; SANTOS, 2008, p. 117.

²⁴⁷ Nesse sentido, NOBRE JUNIOR, 2008, p. 94.

²⁴⁸ TAVARES, 2007, p. 88.

Antes de finalizar esse tópico tratando da reclamação, vale comentar uma crítica feita à súmula vinculante, no sentido de que a possibilidade de ajuizar uma reclamação sempre que houvesse violação à súmula vinculante, funcionaria como uma espécie de bomba-relógio, que num dado momento explodiria, destruindo a organização e capacidade de trabalho do Supremo Tribunal Federal. Desse modo, a súmula vinculante acabaria por agravar justamente um dos problemas a que se propôs a resolver, que é o excesso de trabalho nos Tribunais Superiores em geral, especialmente no STF²⁴⁹.

O problema, de certa forma, foi um pouco amenizado pelo artigo 7º, §1º, da Lei 11417/2006, que exigiu o esgotamento da via administrativa para que se possa ajuizar reclamação no caso de ato administrativo. Ademais, a própria responsabilização pessoal do agente administrativo que reiteradamente viola a súmula vinculante também contribui para a sua autoridade.

Mesmo assim, não há dúvidas de que isso não é o bastante, devendo haver uma conscientização da importância da súmula vinculante, com o cumprimento voluntário por parte dos seus enunciados, a fim de garantir a própria sobrevivência do instituto²⁵⁰.

É possível acreditar nessa cooperação dos órgãos aplicadores da súmula vinculante, pois se a súmula persuasiva, normalmente, já possui grande aceitação, sendo seguida pela maioria dos magistrados, espera-se que a súmula vinculante não seja desafiada despropositadamente e, assim, possa cumprir a importante função para a qual foi criada.

4.12 PARTICIPAÇÃO DO PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA

Uma das disposições do artigo 2º, §2º, da Lei 11417/2006, seguindo a regulamentação normalmente dada aos processos objetivos de controle de constitucionalidade, garantiu a manifestação prévia do procurador geral da República na edição, revisão ou cancelamento da súmula vinculante.

²⁴⁹ Tárek Moussallem demonstra preocupação sobre o assunto, afirmando: “Sob o pálio de evitar questões idênticas no Poder Judiciário, a súmula certamente criará multiplicação de processos (...) Toda vez que se ejeta novo enunciado prescritivo no sistema aumenta a possibilidade de demandas. Imagine-se agora que qualquer localidade do Brasil onde houver decisão administrativa ou judicial cujos destinatários entrevejam indícios de violação à súmula, tal sujeito poderá provocar diretamente o Supremo Tribunal Federal via reclamação (artigo 103-A, §3º). A consequência disso é a nociva multiplicação de processos no Supremo Tribunal Federal. MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **“Função das súmulas e critérios para aferir sua validade, vigência e aplicabilidade”**. *Interpretação e Estado de Direito*. Coord. Eurico Marcos Diniz de Santi. São Paulo: Noeses, 2006, p. 864-865.

²⁵⁰ SOUZA, 2006, p. 277.

A primeira observação sobre o assunto se refere ao prazo de tal manifestação, tema sobre o qual a lei foi omissa, provocando incerteza sobre a questão. Entretanto, em consonância com o Regimento do STF²⁵¹ e demais leis que tratam da participação do Procurador Geral da República em processos sobre controle de constitucionalidade, o prazo deve ser de 15 (quinze) dias.

Um problema muito mais sério está na exigência do artigo 128, §5º da Constituição, que exige lei complementar para regulamentar as atribuições do Ministério Público. Uma vez que o artigo 103-A da Constituição não tratou expressamente dessa participação, poderia a Lei 11417/2006 (lei ordinária) inovar a matéria?

Embora não haja uma disposição expressa dando essa atribuição ao Procurador Geral da República, quando avaliamos o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, percebemos que essa participação é necessária para que tenhamos uniformidade de tratamento nos processos de natureza objetiva.

Ademais, o artigo 103, §1º, da Constituição é categórico em dizer que o Procurador Geral deverá ser previamente ouvido em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal. Aliado a isso, o artigo 46 da Lei Complementar 75 estabelece que cabe ao Procurador Geral, exclusivamente, exercer as funções de Ministério Público junto ao Supremo Tribunal Federal. Outrossim, o artigo 176 do Regimento Interno do STF é enfático ao dizer que argüida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, em qualquer outro processo submetido ao Plenário, será ela julgada em conformidade com o disposto nos arts. 172 a 174, depois de ouvido o Procurador-Geral.

Por fim, vale afirmar que a lei é bem clara ao dizer que essa manifestação do Procurador Geral da República só vai ocorrer quando ele não tiver formulado a proposta que ensejou o processo de súmula vinculante. Sendo assim, ele perde essa participação de *custos legis*²⁵² quando houver formulado a proposta, diferenciando-se, dessa forma, da sua atuação no processo de Ação Direta de Inconstitucionalidade, em que essa participação é mantida.

²⁵¹ O artigo 10 lei 11417/2006, tem a seguinte redação: O procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante obedecerá, subsidiariamente, ao disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. De acordo com o artigo 50, §1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal dispõe que “quando não fixado diversamente neste Regimento, será de quinze dias o prazo para o Procurador-Geral manifestar-se”. Dessa forma, não parece haver dúvidas de que o prazo realmente é de quinze dias.

²⁵² Nesse sentido, Alexandre Sormani e Nelson Santander “Ademais, como já se viu, o Procurador-Geral da República, quando se manifesta em procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante que não iniciou, o faz na condição de *custos legis*” op. cit. p. 142.

4.13 MANIFESTAÇÃO DE TERCEIROS NO PROCESSO DE SÚMULA VINCULANTE

O artigo 3º, §2º, da Lei 11417/2006 prevê que no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Preliminarmente, vale dizer que o termo “terceiros” não pode ser entendido como ampliação dos legitimados ativos, mas como a inclusão do *amicus curiae* no processo de súmula vinculante, a exemplo do que ocorre com o artigo 7º, §2º, da Lei 9868/99²⁵³.

Essa previsão é de suma importância para a democratização²⁵⁴ do procedimento de súmula vinculante, garantindo-se a participação da sociedade e, com isso, conferindo maior legitimidade às súmulas vinculantes produzidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Gustavo Binenbojm destaca a importância do *amicus curiae*, como um elemento fundamental para

pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Tribunal venha a tomar conhecimento, sempre que julgar relevante, dos elementos informativos e das razões constitucionais daqueles que, embora não tenham legitimidade para deflagrar o processo, serão destinatários diretos ou mediatos da decisão a ser proferida. Visa-se, ademais, a alcançar um patamar mais elevado de legitimidade nas deliberações do Tribunal Constitucional, que passará formalmente a ter o dever de apreciar e dar a devida consideração às interpretações constitucionais que emanam dos diversos setores da sociedade²⁵⁵.

A participação do *amicus curiae* pode ocorrer a qualquer tempo, antes do julgamento final do processo²⁵⁶, seguindo, dessa forma, o mesmo procedimento previsto na Lei 9868/98. Além

²⁵³ § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

²⁵⁴ Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior: “O *amicus curiae* desempenha um papel institucional, atuando como colaborador do tribunal na apuração de valores maiores que possam estar em jogo na interpretação da regra constitucional envolvida no recurso”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Repercussão geral no recurso extraordinário (lei nº 11.418) e súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (lei nº 11.417)**. Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil, Porto Alegre, ano VIII, nº 48, jul.-ago 2007, p. 111.

²⁵⁵ BINENBOJM, Gustavo. **A dimensão do Amicus Curiae no Processo Constitucional Brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, janeiro, 2004. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 12 de dezembro de 2010.

²⁵⁶ BINENBOJM, 2004, p. 12.

disso, eles recebem tratamento de terceiro especial, podendo apresentar manifestação escrita (que constará nos autos), sustentação oral, requerer as providências instrutórias que lhe parecerem relevantes e até interpor os recursos cabíveis contra decisões contrárias²⁵⁷.

Portanto, esse artigo pode ser muito importante, pois toda a hesitação quanto à democratização do procedimento vista na timidez dos legitimados para deflagrar o processo de súmula vinculante pode ser balanceada por esse dispositivo, que permite aos diversos órgãos da sociedade participar da formação da súmula vinculante, havendo uma pluralização do debate, sem o risco de um excesso de processos no STF que inviabilize os seus trabalhos. Até por isso, a própria Suprema Corte é a responsável por decidir, de forma fundamentada, a inclusão ou não de um terceiro no referido processo, pois, se não fosse assim, poderíamos ter um excesso de pessoas, tumultuando o andamento do processo e, ao invés de ampliar o debate, destruiriam o mesmo.

4.14 MODULAÇÃO DOS EFEITOS NA SÚMULA VINCULANTE

O artigo 4º da Lei 11417/07 permite que o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, possa restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia²⁵⁸ a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público. Essa é basicamente a modulação dos efeitos prevista também para a súmula vinculante.

O referido artigo foi claramente baseado no artigo 27 da Lei 9868/98, tendo o legislador tentado fazer as devidas adaptações para aplicá-lo na súmula vinculante. Ocorre que se colocou “interesse público” ao “invés de interesse social”, além de que ao invés de “restringir os efeitos daquela declaração”, optou-se por “restringir os efeitos vinculantes”. O termo interesse público deve ser interpretado como interesse público primário para que a súmula vinculante possa cumprir com a sua finalidade, já que, do contrário, serviria como um instrumento de política do governo e não de uniformização da jurisprudência.

²⁵⁷ O recurso cabível a ser manejado nessa situação seria o agravo regimental contra as decisões interlocutórias do relator. Sobre o assunto, Gustavo Binenbojm, analisando a Lei 9868/98, que serviu de inspiração para a Lei 11417/06 e possui uma redação idêntica, defende o cabimento de recurso, pois o *amicus curiae* seria um terceiro especial e, com base no artigo 499 do Código de Processo Civil, ele poderia recorrer, ainda que demonstrasse um interesse indireto na decisão proferida (BINENBOJM, 2004, p. 18). Em sentido contrário, alguns julgados do STF, como: ADI 2359 ED-Agr/ES; ADI 3582 ED / PI; ADI 3105 ED / DF; ADI 2591 ED / DF.

²⁵⁸ Faz-se o alerta de que o termo eficácia utilizado pela lei, possui o mesmo sentido que foi dado à vigência no capítulo 1 dessa dissertação.

Além disso, é preciso estar atento aos artigos artigo 103-A da Constituição e 2º da própria Lei 11417/2006, que falam da produção de efeitos da súmula somente após a sua publicação²⁵⁹. Assim, a súmula vinculante nunca poderia ter um efeito retroativo (*ex tunc*), apenas prospectivo (*ex nunc*).

É preciso esclarecer ainda que o quórum de 2/3 (dois terços) é especial em relação ao de aprovação da súmula, ou seja, será preciso duas deliberações independentes, uma para aprovar o enunciado e outra para decidir acerca da modulação dos efeitos.

A realidade é que esse dispositivo não parece muito adequado ao tratamento da súmula vinculante, que possui uma realidade um pouco diferente dos demais processos objetivos do Supremo Tribunal Federal. Afinal, como funcionaria essa restrição de efeitos vinculantes?

André Ramos Tavares idealiza algumas propostas²⁶⁰. Primeiramente, fala em uma restrição subjetiva, ou seja, uma súmula que se aplicasse apenas ao Judiciário ou somente à Administração Pública. Não haveria sentido, já que em ambos os casos a própria autoridade da súmula estaria seriamente comprometida. Afinal, caso só a Administração estivesse vinculada, certamente ela recorrerá ao Judiciário e este estaria livre para decidir contrariamente à súmula, enfraquecendo substancialmente a sua força. Pensar em uma súmula que vincule apenas ao Judiciário e deixe livre a Administração Pública é uma situação ainda mais estranha e inadmissível.

A restrição temporal também não parece aceitável, visto que a súmula vinculante serve para uniformizar e pacificar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que deve ser a mesma para todas as regiões do país.

Isso nos leva à questão temporal, que, como já foi visto, deve ser prospectiva. Nesse caso, a súmula ficaria inerte enquanto não adquirisse seus efeitos vinculantes, sendo apenas uma orientação de que futuramente os casos deverão ter aquela solução, mas, por enquanto, ainda haveria total liberdade para os magistrados tomarem qualquer decisão sobre o assunto. O legislador parece não ter percebido que a súmula vinculante não representa a decisão de um caso isolado (como na ADI), sendo, na verdade, o produto de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre um assunto, ou seja, já é uma jurisprudência pacificada. Não havendo interesse em tornar obrigatória uma posição consolidada da Suprema Corte, então que não se edite um enunciado de súmula vinculante, mas criar um enunciado para dizer que ele só vai

²⁵⁹ Alguns autores como SORMANI e SANTANDER, 2008, p. 144 e LOBO, 2007, p.93 entendem tal dispositivo como inconstitucional, pois a súmula vinculante já passaria a gerar efeitos a partir da sua publicação na imprensa oficial, não podendo a lei contrariar um mandamento expreso da Constituição.

²⁶⁰ TAVARES, 2007, p. 66-73.

produzir efeitos vinculantes depois de algum tempo parece algo sem sentido. Assim, esse dispositivo da modulação dos efeitos, embora seja muito importante no tratamento de algumas questões envolvendo processos objetivos de constitucionalidade, não parece muito adequado para regular a súmula vinculante.

4.15 SUSPENSÃO DOS PROCESSOS

De acordo com o artigo 6º da Lei 11417/06, a “proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão”. Esse dispositivo foi criado para se evitar que se aplicasse analogicamente o artigo 21 da Lei 9868/98²⁶¹, que permite o ajuizamento de cautelar para a suspensão dos processos de ação declaratória de constitucionalidade²⁶².

Ademais, ele reforça o caráter prospectivo da súmula vinculante, impedindo que se alcancem situações passadas, conforme leciona André Ramos Tavares:

Se no decorrer do processo que culmina com a súmula vinculante fosse possível sobrestar o andamento dos processos (judiciais e/ou administrativos), até a prolação da súmula vinculante, ter-se-ia uma inconsistência interna da LSV. Se esta estabeleceu que a súmula vinculante produz efeitos a partir de sua publicação ou de outra data *posterior*, conforme analisado anteriormente, tem-se, por equivalente, que estão afastados os efeitos retroativos (...) Permitir que os processos fossem suspensos, impedindo o seu julgamento, significaria reduzir o universo das situações já consolidadas, embora essas situações estivessem albergadas e imunes à sumula vinculante pelo regime desta. Significaria, às avessas, estabelecer um efeito retroativo para as súmulas de efeito vinculante.

²⁶¹ O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

²⁶² Opinião diversa possui Edilson Pereira Nobre Júnior, defendendo que o dispositivo não veda a suspensão dos processos pelo relator quando este julgar necessário tal medida: “Penso que a interpretação do dispositivo merece certa cautela. O legislador, apenas e tão-só, afirmou que a instauração do processo não acarreta, por si só, o sobrestamento dos feitos nos demais juízos e tribunais. Não observo que tal previsão impeça o relator de utilizar-se, por integração analógica, da prerrogativa a que se reporta o art. 321, §5º, I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, deferindo, *sponte própria* ou a requerimento do proponente, *ad referendum* do plenário, medida cautelar para determinar o sobrestamento, na origem, dos processos onde haja controvérsia estabelecida, até o pronunciamento final da Corte sobre a matéria” NOBRE JUNIOR, 2008, p. 64. Para fundamentar o seu raciocínio o autor se apóia no art. 10 da Lei 11417/06, que permite o uso subsidiário do Regimento Interno do STF no procedimento de edição, revisão ou cancelamento da súmula vinculante. A visão do autor, contudo, parece equivocada, pois a lei é expressa em vedar a suspensão de processos, não abrindo qualquer exceção sobre o assunto, logo não há por que invocar o Regimento Interno do STF (que deve ser subsidiário) em uma questão tratada expressamente pela lei.

Além disso, quando levamos em conta que os debates formadores de uma súmula vinculante podem ser extensos, a paralisação dos processos poderia representar uma demora excessiva, em questões muito importantes, prejudicando a celeridade, que é um dos principais objetivos desse instituto.

Assim, tanto do ponto de vista técnico quanto em relação aos efeitos práticos, andou bem o legislador ao vedar a suspensão dos processos que tratam da súmula vinculante.

4.16 RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL PELO DESCUMPRIMENTO DA SÚMULA

4.16.1 Responsabilização do juiz

Tanto a Lei 11417/06 quanto à Constituição foram omissas em relação à responsabilização pessoal do juiz que se nega a seguir a súmula vinculante, deixando nítida a mensagem de que a única consequência para a decisão contrária à súmula vinculante é a cassação de tal ato pelo Supremo Tribunal Federal por meio de reclamação ou pelas instâncias superiores através de recursos e outros meios de impugnação.

4.16.2 A súmula vinculante e as decisões administrativas

A Lei 11417/06 dispensou um tratamento especial às decisões administrativas, dando nova redação ao artigo 56 da Lei 9784/2009, dispondo que se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.

Primeiramente, vale observar que o dispositivo garante à autoridade que supostamente contrariou a súmula vinculante o direito de reconsiderar a sua decisão. Isso é muito importante, pois evita recursos desnecessários em casos de descuidos por parte de

administradores que não tomam o devido cuidado na hora de tomar decisões, permitindo que a própria autoridade prolatora da decisão possa reformá-la²⁶³.

Ademais, nele está previsto o dever de dupla fundamentação, ou seja, em se tratando de súmula vinculante, não bastará a simples motivação da decisão, será preciso, além disso, uma argumentação específica em relação à súmula vinculante invocada, explicando por que tal enunciado foi ou não utilizado.

Assim, no caso de decisão administrativa, as hipóteses são as seguintes: 1. a decisão impugnada é reformada, já que autoridade administrativa reconsiderou a sua decisão, aplicando a súmula vinculante invocada; 2. a decisão impugnada é mantida, entendendo-se que a súmula vinculante foi mantida; 3. a decisão impugnada é mantida, entendendo-se que a súmula vinculante não deve ser aplicada ao caso concreto. Na primeira situação, não é necessária a dupla motivação, pois a própria lei é clara no sentido de que esse dever só surge se a autoridade prolatora da decisão não a reconsiderar. Nos demais casos, há essa necessidade de reforço argumentativo, sendo preciso explicar com precisão o porquê da aplicação ou não do enunciado de súmula vinculante.

Também foi acrescentado o artigo 9º, que dando nova redação ao artigo 64-A da Lei 9784/98, dispondo que se o recorrente alegar violação de enunciado da súmula vinculante, o órgão competente para decidir o recurso explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso. Seguindo a mesma trilha do dispositivo anterior, este artigo exige também do órgão responsável por julgar o recurso administrativo o dever de dupla fundamentação sempre que se alegar a violação ao enunciado de súmula vinculante.

Esse dever de dupla motivação previsto tanto para a decisão administrativa quanto para o seu recurso é um mecanismo extremamente interessante, que fortalece a autoridade da súmula vinculante, visto que obriga o prolator da decisão a enfrentar a questão e detalhar o seu entendimento sobre o assunto. Essa idéia deveria ser levada também para o processo judicial, a fim de que a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal fosse respeitada e tratada com rigor em todos os campos, não só no administrativo.

Por fim, o artigo 9º também acrescentou o artigo 64-B na Lei 9784/98, falando que quando acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o

²⁶³ TAVARES, 2007, p. 96.

julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

O presente dispositivo demonstra a força da súmula vinculante em relação às decisões administrativas. Foi dito alhures que a reclamação não produz uma decisão concreta, apenas uma ordem para que seja expedida uma nova decisão que se amolde ao disposto no que foi decidido pelo STF. Esse artigo serve de complementação, obrigando a autoridade a decidir nos termos da reclamação decidida pela Suprema Corte. Então, embora a decisão da reclamação não seja substitutiva, ela tem o condão de obrigar que a nova decisão seja proferida exatamente nos termos descritos por essa reclamação.

Esse efeito transcendente, entretanto, não termina aí. A reclamação sobre o assunto valerá para todas as futuras decisões administrativas sobre casos semelhantes. Assim, além de resolver o caso concreto, haverá ainda um efeito para o futuro, impedindo, dessa forma, a repetição desnecessária acerca de uma decisão que já teve pronunciamento da Suprema Corte.

A parte final desse artigo fala ainda em responsabilização pessoal do órgão administrativo que se recuse a se submeter ao efeito transcendente dessa reclamação. Isso, não há dúvida, garante substancial efetividade à súmula vinculante, já que a autoridade pensará duas vezes antes de contrariar um enunciado vinculante, tendo em vista que poderá responder pessoalmente pela sua insubordinação.

A responsabilização cível ocorreria quando o julgador, insistindo em não acatar uma decisão de reclamação do STF, causasse algum prejuízo patrimonial em virtude de adotar um entendimento contrário a uma súmula vinculante. A responsabilização penal no caso em que se caracterizar algum crime contra a Administração Pública, como o de prevaricação. Já a responsabilidade administrativa ocorreria no caso de se considerar o descumprimento de uma decisão vinculante proferida pelo Supremo Tribunal Federal como uma hipótese de falta grave.

5 A FORÇA NORMATIVA DA SÚMULA VINCULANTE NO PROCESSO DECISÓRIO DO JUIZ

5.1 PODERES HERMENÊUTICOS DO JUIZ PERANTE A SÚMULA VINCULANTE

No primeiro capítulo já tratamos da interpretação e aplicação da norma jurídica, agora veremos como isso acontece em relação à súmula vinculante. Um dos caminhos para encarar o assunto é dizer que a súmula vinculante tolhe completamente a atividade interpretativa do magistrado, que teria um raciocínio mecanizado, simplesmente aplicando soluções pré-definidas pela Suprema Corte²⁶⁴. Essa análise, que desemboca na conclusão de violação à independência do juiz, é demasiadamente simples, pois equipara a atividade judicial a um silogismo clássico, não levando em consideração a complexidade desse processo decisório. Em virtude disso, é importante fazer um exame mais profundo do assunto.

É preciso entender, primeiramente, que a súmula vinculante é apenas mais uma norma do sistema jurídico e, embora possua uma grande força normativa, não deve ser encarada isoladamente, nem de forma absoluta. Dessa forma, deve-se rechaçar essa tese de aplicação automática da súmula vinculante, tendo em vista que não se pode ignorar o contexto normativo no qual ela foi inserida.

Ademais, a súmula vinculante é uma norma interpretativa de caráter abstrato, expressando-se por meio de enunciados. Sendo assim, todos os problemas que afetam a linguagem, como a ambigüidade e a vagueza também atingem a súmula vinculante, que para ser aplicada precisa ser previamente interpretada pelo magistrado, pois “toda aplicação supõe, obrigatoriamente, uma interpretação²⁶⁵”.

²⁶⁴ Fernando Galvão Moura e Letícia Fazuoli Ferreira são incisivos nesse sentido: “A partir do momento que é suprimido deste operador sua própria ferramenta de trabalho, resta ele inútil, não só os juizes, como qualquer trabalhador, seria como tirar a “vassoura do gari”, ou o “podão do cortador de cana”. Retirando-se do juiz o seu raciocínio, a sua capacidade de observação, a sua função interpretativa, tira-o a sua função social, sugando dele toda a essência profissional. Deste modo, com o advento da súmula vinculante e o engessamento do juiz de primeira instância, além de ter sido afrontado todo o sistema jurídico pátrio, principalmente o constitucional e o processual, na medida em que afasta o cidadão do Poder Judiciário, numa clara inaplicabilidade da tutela jurisdicional, foi suprimido do juiz a sua própria força de trabalho, através da retirada de sua jurisdição, isto refletindo todo o ordenamento jurídico, restando como maiores prejudicados os próprios jurisdicionados”. FERREIRA, Letícia Fazuoli, MOURA, Fernando Galvão. **Sumulas vinculantes e o princípio do livre convencimento do juiz: evidente inconstitucionalidade**. Disponível em: <revistajuridica.fafibe.br/.../sumulas_vinculantes_e_o_principio_do_livre_con.pdf> Acesso em: 02 jan. 2010.

²⁶⁵ CASTELLANOS, Angel Rafael Mariño e FACHETTI, Gilberto. **O poder decisório das Autoridades judiciais e a produção normativa- Parte 1**. Disponível em: <http://ordemepoder.blogspot.com/>. Acesso em 20 de dezembro de 2010.

Então, quando o juiz estiver diante de um caso concreto deve determinar se existe uma súmula vinculante aplicável à situação. Para isso, será preciso interpretar o enunciado sumular a fim de descobrir o seu âmbito de incidência. Esse trabalho de interpretação, conforme já foi dito no capítulo 2, não deve se limitar à literalidade do enunciado, que, embora tenha um caráter abstrato, é fruto de precedentes do Supremo Tribunal Federal, que não podem ser ignorados pelo magistrado na tomada da sua decisão. Não se pode esquecer que a súmula é um extrato de reiteradas decisões, estando na *ratio decidendi* dessas decisões a sua razão de existir, por isso, muito mais do que em qualquer outra norma do sistema, a utilização do método histórico é uma necessidade para a correta aplicação da súmula vinculante.

Nessa análise da subsunção o juiz possui plena liberdade, não havendo qualquer diferença entre a súmula vinculante e outras normas. Caso o magistrado conclua que aquele caso não está abarcado pela hipótese normativa da súmula, então ele não irá aplicá-la. Marcelo Alves Dias de Souza, explica essa técnica da distinção (*distinguish*), bastante utilizada nos países com a tradição da *common law*:

Ao que parece, das técnicas utilizadas para não aplicação de um precedente, a da distinção entre os casos (*distinguish*) é a principal ou, ao menos, a mais comum. Ela nos leva de volta à noção de fatos fundamentais (*material facts*). Em linhas gerais, se os fatos fundamentais de um precedente, analisados no apropriado nível de generalidade, não coincidem com os fatos fundamentais do caso posterior em julgamento, os casos devem ser considerados, pelo tribunal ou juiz do caso posterior, como distintos. Consequentemente, o precedente não será seguido²⁶⁶.

Dessa forma, o *distinguish*²⁶⁷ é plenamente compatível com a realidade jurídica brasileira²⁶⁸, sendo uma importante ferramenta no manejo de casos envolvendo a súmula vinculante.

²⁶⁶ SOUZA, 2006, p. 142.

²⁶⁷ Celso Albuquerque Silva entende o *distinguish* como uma técnica diferente da defendida na presente dissertação. Segundo o autor: “Para o modelo normativo, a regra do precedente, como já averbamos anteriormente, deve ser inexoravelmente aplicada em todas as circunstâncias que se incluem em seu âmbito normativo. Assim, se o caso traz uma circunstância nova que não se insere no âmbito normativo da regra estabelecida no precedente não é o caso de se fazer distinção do caso atual com o caso precedente na base dessa nova circunstância. Aqui a regra simplesmente não se aplica e, portanto, a decisão anterior não vincula (...) A distinção, portanto, só ocorre quando a regra fixada no precedente coloca sob seu âmbito normativo o caso atual e, ainda assim, o juiz decide contrariamente àquela regra. O *distinguish*, portanto, significa criar uma exceção à regra geral na medida em que, como o caso que atualmente se decide se encontra por ela abrangido, deveria ser, mas de fato não é por ela alcançado”. SILVA, 2005, p. 247.

²⁶⁸ Nesse sentido, Cassiano Iurk: “E uma vez verificado que o caso posto sob julgamento não se amolda à essência da súmula, o julgador detém o poder-dever de, fundamentadamente, deixar de aplicá-la. O distanciar motivado da incidência da súmula aproximará o julgador brasileiro do norte-americano, que ao utilizar-se do mecanismo do *distinguish*, mantém a sua prerrogativa judicante, e sua liberdade de decidir resguardada”. IURK, 2008, p. 81.

Uma vez estabelecido que o caso realmente esteja contido na hipótese de incidência da súmula vinculante, então o magistrado deverá fazer uma análise no ordenamento jurídico a fim de verificar se há outra norma que também seja aplicável ao caso concreto²⁶⁹. Em caso positivo, aplicar-se-á aquela que possuir maior força normativa. Não havendo outra norma regulando a mesma situação e sendo a súmula vinculante válida, o magistrado deverá aplicá-la.

Assim, a súmula vinculante garante certo alívio argumentativo, já que o juiz fica obrigado a adotar uma interpretação para resolver casos sobre os quais pairava grave controvérsia jurídica. Ademais, a simples adoção da súmula torna desnecessária uma rediscussão sobre os fundamentos jurídicos da decisão, que já estão ínsitos no próprio enunciado sumular.

Por outro lado, o magistrado ainda possui a difícil tarefa de identificar a compatibilidade entre o fato e a súmula vinculante. Tal análise é bastante complicada, visto que esse trabalho envolve estudar o contexto fático-normativo em que a súmula vinculante foi criada, ou seja, os precedentes que originaram o enunciado não podem ser ignorados. Nesse cenário, o juiz deverá sempre demonstrar, fundamentadamente, a subsunção ou distinção (*distinguish*) do seu caso em relação à súmula vinculante²⁷⁰, o que ao invés de diminuir, aumenta substancialmente o labor interpretativo do magistrado²⁷¹. Além disso, deve-se analisar a convivência entre súmula vinculante e outras normas, definindo qual delas deve prevalecer no caso de conflito.

Dessa maneira, o juiz não está mais adstrito somente à lei, também deve respeitar à súmula vinculante²⁷², que, por sua vez, não deve ser encarada de forma absoluta, mas apenas como mais um elemento que torna ainda mais complexo o ordenamento jurídico.

²⁶⁹ Essa limitação do precedente com base em inconsistência com outra regra do sistema jurídico é um dos casos que Celso Albuquerque Silva considera como *distinguish*. SILVA, 2005, p. 248-250.

²⁷⁰ Por isso, seria muito importante que a lei tivesse um dispositivo como o artigo 8º da Lei 11417/06 também para o magistrado, pois isso o obrigaria a fundamentar de forma mais pormenorizada os supostos casos envolvendo a súmula vinculante, que, dessa forma, não poderia ser simplesmente ignorada pelo juiz.

²⁷¹ Barbosa Moreira demonstra preocupação com a atitude dos juízes perante a súmula vinculante, afirmando: “Outro ponto de reparo especial é a autorização, que se pretende dar ao juiz, para sentenciar de plano, reproduzindo decisão anterior, quando já houver julgado improcedente o pedido feito análogo (...) Dificilmente se concebe incentivo maior à preguiça, ou, em termos menos severos, ao comodismo do julgador, que poderá valer-se da franquia de desvencilhar-se rapidamente do estorvo de novo processo, com a pura e simples baixa de um arquivo de computador. Dir-se-á que o texto projetado restringe a possibilidade às hipóteses em que não haja “qualquer singularidade” na causa agora ajuizada; mas a lei do menor esforço fatalmente induzirá o juiz menos consciencioso a enxergar identidade onde talvez não exista mais que vaga semelhança. A tentação da facilidade será forte demais, sobretudo quando grande a quantidade de trabalho que estiver assoberbando o magistrado. Em não poucos casos, ante a primeira impressão do *déjà vu*, a própria leitura da petição inicial corre o perigo de ver-se truncada, ou reduzida a sumária olhadela, desatenta a argumentos porventura novos que autor suscite”. MOREIRA, 2005, p. 15-16.

²⁷² Nesse sentido, Mônica Sifuentes: “O juiz, portanto, não está vinculado somente à lei, mas a um sistema bem mais complexo, que é o direito, com suas múltiplas fontes de conhecimento, das quais fazem parte, sem dúvida alguma, os atos normativos da função jurisdicional”. SIFUENTES, 2005, p. 291.

5.2 A QUESTÃO DA SÚMULA VINCULANTE INVÁLIDA

No tópico anterior quando falamos da aplicação da súmula pelo juiz, havia um pressuposto de que tal norma fosse válida. Agora, o que deve fazer o magistrado quando estiver convencido de que determinada súmula vinculante é inválida?

Rodolfo Camargo Mancuso apresenta duas possíveis atitudes:

(i) o juiz, demonstra e ressalva, na *motivação* do julgado, seu entendimento de que *em tese* o enunciado não comportaria, objetivamente, a força vinculativa; todavia, aplica-o ao caso dos autos, rendendo-se ao fato de que, de todo modo, tal súmula fora incluída pelo STF no rol das *vinculantes*; (ii) o juiz, *motivadamente*, deixa de aplicar a súmula ao caso concreto, à semelhança do que faria diante de norma legal de cuja inconstitucionalidade estivesse convencido (controle difuso ou incidental)²⁷³.

A segunda orientação parece a melhor opção a ser adotada. No primeiro capítulo, quando falamos da consistência do ordenamento jurídico, deixamos bem claro que é possível haver normas que pertençam ao sistema jurídico, mas que são inválidas, sendo que tais normas poderiam ser criadas inclusive pelo órgão máximo do Poder Judiciário. A súmula vinculante é apenas mais uma norma do ordenamento jurídico e, embora possua as suas peculiaridades, não deve ser aplicada quando não respeitar as regras superiores, que garantem o seu fundamento de validade. Pensar de forma diferente, fatalmente, deixaria o Supremo Tribunal Federal com poderes ilimitados.

Logicamente que a decisão do magistrado não será definitiva, podendo ser desafiada por recurso ou até pela reclamação (art. 103, §3º, da Constituição), havendo plenas possibilidades de ser reformada caso o entendimento das autoridades superiores seja diverso.

Essa possibilidade do juiz não aplicar a súmula em virtude da sua invalidade em nada diminui o seu poder vinculante, visto que a obrigatoriedade de respeitar tais enunciados só ocorre quando a norma é válida. O temor de que os juízes poderiam simplesmente deixar de aplicar as súmulas vinculantes alegando a invalidade delas não se justifica, pois, pensando dessa maneira, eles também poderiam deixar de aplicá-las dizendo que o caso concreto é distinto da

²⁷³ MANCUSO, 2007, p. 368-369. É importante ressaltar que o autor só admite essa discussão no caso de violação aos pressupostos objetivos da súmula vinculante, previstos no artigo 103-A da Constituição, portanto, somente no caso de inconstitucionalidade formal. No caso de inconstitucionalidade material, o juiz, segundo o autor, deve sempre seguir à súmula vinculante, não cabendo qualquer questionamento do magistrado, apenas obediência.

previsão abstrata do enunciado, ou simplesmente deixar de aplicá-las cientes de que não sofreriam nenhuma consequência por isso²⁷⁴. A verdade é que essa desconfiança na postura do magistrado em nada contribui para o sucesso da súmula vinculante.

Portanto, a súmula vinculante inválida, assim como qualquer outra norma, não deve ser aplicada pelo juiz²⁷⁵, pois toda a norma produzida possui implícita a cláusula de que deve respeitar as normas superiores do ordenamento jurídico, sob pena de não ser permitida a sua aplicação pela autoridade competente.

5.3 A FORÇA NORMATIVA DA SÚMULA VINCULANTE NO PROCESSO DECISÓRIO DO JUIZ

Uma vez estudados os poderes hermenêuticos do juiz perante a súmula vinculante, é importante investigar a força normativa que esses enunciados possuem. Isso será muito importante para enfrentar a questão do tempo relativo das normas perante a súmula vinculante.

Essa inovação, que possui características bastante peculiares, alterou profundamente o ordenamento jurídico brasileiro. Apesar disso, o Poder Constituinte não definiu a força normativa dessas novas súmulas, simplesmente as inserindo sem dizer como elas deveriam ser aplicadas pelo magistrado. Nesse contexto, a fim de estabelecer a força normativa da súmula vinculante, faremos uma comparação entre ela e os diversos diplomas normativos.

5.3.1 Súmula vinculante x Lei²⁷⁶

²⁷⁴ Conforme se verificou no capítulo 3, a única consequência da desobediência do juiz diante da súmula vinculante é a possibilidade da reclamação, com uma eventual cassação da decisão e ordem para que outra seja proferida. Isso ocorrerá sempre que a súmula vinculante seja descumprida, seja por inaplicação ou aplicação incorreta.

²⁷⁵ Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier: “Haverá súmulas *erradas*? Talvez. Haverá súmulas inconstitucionais? É provável. Ao juiz caberá não aplicá-las, se demonstrar que a situação de fato em que incide aquela súmula não é igual à dos autos; ao juiz caberá também recusar seu cumprimento, se a entender inconstitucional. Isto já ocorre hoje com textos de lei infraconstitucionais”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Súmula vinculante: desastre ou solução?**. Revista de Processo, São Paulo, v. 25, n. 98, 2000, p. 306.

²⁷⁶ A utilização do termo lei engloba tanto a lei ordinária quanto a lei complementar, que na presente dissertação são encaradas como normas de mesma hierarquia, tendo apenas quórum e matéria diferenciados. Nesse sentido, PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ISENÇÃO. LEI 9.430/1996 E LEI COMPLEMENTAR 70/1991. PRECEDENTES. 1. É constitucional a revogação da isenção da COFINS, uma vez que não existe hierarquia entre lei complementar e lei ordinária. 2. Matéria pacificada pelo Plenário do Supremo Tribunal: RE 381.964/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, por maioria, DJe 13.3.2009 e RE 377.457/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, por maioria, DJe 19.12.2008. 3. Não ocorreu omissão quanto ao art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98, pois o referido dispositivo não foi argüido anteriormente

As leis são normas jurídicas de um escalão inferior ao da Constituição e possuem a função básica de implementar os ditames constitucionais, prescrevendo condutas e, com isso, regulando os conflitos sociais. Sendo assim, a primeira característica importante das leis é o fato de tirarem o seu fundamento de validade da Constituição.

Ademais, esses documentos normativos inauguram o ordenamento jurídico prescrevendo condutas, ou seja, é basicamente por meio das leis que são determinadas as normas utilizadas para a resolução de conflitos. Nesse cenário, as leis são os principais veículos de regulamentação infraconstitucional, uma vez que inovam o sistema jurídico, tratando dos mais variados assuntos, precisando apenas respeitar as normas superiores do ordenamento. Algumas de suas principais características são a generalidade e abstração, apesar disso nem sempre ser observado em todos os diplomas normativos²⁷⁷. As súmulas vinculantes, por outro lado, são normas interpretativas e, por isso, devem estar apoiadas em um sistema jurídico anterior, que o Supremo Tribunal Federal interpreta, a fim de editar enunciados para resolver questões constitucionais que apresentem graves controvérsias. A súmula, portanto, não pode criar nenhuma norma que já não pudesse ser extraída da ordem jurídica, sendo vedado o tratamento de assuntos não enfrentados diretamente no ordenamento, sob pena de ter a sua validade questionada. Tal diferenciação é interessante de ser feita, pois delimita o campo de atuação de cada norma, influenciando diretamente na validade.

Dito isso, já é possível tratar da questão do tempo relativo da lei perante a súmula vinculante. O tema é um dos poucos que foi enfrentado diretamente pelo legislador, por meio do artigo 5º da Lei 11417/06, que possui a seguinte redação: “Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso”.

Primeiramente, vale dizer que a revogação ou modificação de uma lei tem como principal consequência a mudança na estrutura normativa do ordenamento jurídico, gerando a criação de um novo sistema jurídico. Ademais, é bom lembrar que a súmula vinculante é fruto de reiteradas decisões, produzidas num determinado contexto normativo, donde se extrai a *ratio decidendi* que dá sustentação a esses enunciados vinculantes.

pela parte agravante. 4. Agravo regimental improvido. (AI 632154 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-11 PP-02133 RT v. 99, n. 894, 2010, p. 126-127 LEXSTF v. 32, n. 373, 2010, p. 58-61).

²⁷⁷ FERRAZ JR., 2008, p. 201.

Sendo assim, a lei editada posteriormente à súmula vinculante deve prevalecer, pois sendo alteradas as condições sobre as quais a súmula foi produzida, ou seja, modificando-se o ordenamento jurídico com a criação de um novo sistema, diverso daquele que serviu de fundamento de validade para edição da súmula, então, ela não deve mais incidir sobre essa nova realidade, tendo em vista que não pode ser dissociada dos precedentes que lhe deram origem e estes estavam ligados a um sistema jurídico anterior²⁷⁸. Assim, levando-se em conta a redação da súmula vinculante número 5 (A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição), caso o legislador, após a edição de tal enunciado, acrescentasse um artigo na Lei 9784/99, tornando obrigatória a defesa técnica por advogado no processo administrativo (nos moldes da antiga súmula 343 do STJ), sendo tal modificação considerada válida pelo STF, então, pode-se dizer que, nesse caso, a lei prevaleceria, tornando inaplicável a súmula vinculante.

Vale dizer ainda que a lei não tem o condão de revogar totalmente a súmula vinculante, que continuará regulando os casos ocorridos durante o período em que ela estava vigorando. Com isso, os comentários feitos no capítulo 1 sobre a revogação de normas aplicam-se também nesse assunto.

Luiz Norton Baptista de Mattos elucida o tema:

Não é correta ou precisa a simples afirmação de que a revogação ou a derrogação do texto constitucional ou legal interpretado leva à caducidade ou à perda do objeto da súmula. Os fatos jurídicos são regulados pela norma jurídica em vigor no momento da sua constituição, isto é, no instante em que preenchem todos os elementos necessários à sua existência no mundo jurídico segundo a lei vigente. Uma vez preenchidos esses requisitos em consonância com a norma legal vigente, o fato jurídico será por ela regulado quanto à sua validade e aos seus efeitos, mesmo que aquela norma venha a ser alterada. Submetida ao Poder Judiciário alguma controvérsia quanto à sua validade ou aos seus efeitos, os órgãos jurisdicionais terão de aplicar a lei revogada, contemporânea à ocorrência do fato ou ato jurídico, na solução do mérito. Se tiver sido editado enunciado vinculante a respeito do significado, do conteúdo ou do alcance da norma legal revogada, aquele entendimento será de observância compulsória para o julgamento das ações ajuizadas posteriormente à alteração normativa, mas referentes a fatos anteriores a ela. A súmula continuará a vigorar para os fatos jurídicos ocorridos antes da alteração legislativa. Já quanto aos fatos posteriores à modificação legal ou constitucional, a súmula editada anteriormente não será mais aplicável, pois o conteúdo da norma jurídica mais recente pode ser diverso daquele da norma revogada e, por isso, incompatível com o enunciado da súmula do Supremo Tribunal Federal. A nova norma jurídica pode demandar interpretação do seu sentido pelo

²⁷⁸ Edílson Pereira Nobre Júnior comenta a situação: “Diversa da revisão e do cancelamento é a possibilidade dos órgãos públicos vinculados deixarem de adotar a orientação emergente da Súmula quando verificada a sua superação (...) Interessa assentar que os órgãos jurisdicionais e administrativos podem deliberar em não mais seguir o precedente quando, por força de alteração legislativa, ou constitucional relevante, não mais persistir a *ratio decidendi* que ensejou a elaboração do excerto sumular”. NOBRE JUNIOR, 2008, p. 69.

Poder Judiciário, o que acabará, conforme o caso, e, depois de percorridas as diversas instâncias e preenchidos os requisitos que serão analisados no capítulo seguinte, levando à edição de novo verbete vinculante, com objeto e conteúdo diversos do anterior²⁷⁹.

A solução para o caso de súmula vinculante editada após a lei é diversa, ou seja, a súmula vinculante deve prevalecer. Isso ocorre porque, na verdade, antes mesmo da edição do enunciado sumular a lei já não era aceita pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sendo a súmula vinculante apenas um reflexo dessa interpretação realizada pela Suprema Corte.

Explica-se: o STF para resolver os casos que lhe são submetidos deve utilizar as regras presentes no sistema jurídico. Caso chegue à conclusão de que determinado mandamento legal afronta a Constituição, deve declarar a sua inconstitucionalidade, adotando solução contrária à lei e de acordo com a Constituição.

Podemos tomar como exemplo o RE 389383/SP²⁸⁰ que proibiu a exigência do depósito como pressuposto para a admissibilidade de recurso administrativo, em virtude de violar a garantia constitucional da ampla defesa. Tal decisão foi contrária aos parágrafos 1º e 2º do artigo 126 da Lei 8213/1991 (com redação dada pela Lei 9639/1998), sendo tais dispositivos, nessa ocasião, declarados inconstitucionais pela Suprema Corte.

Esse controle difuso, todavia, embora possua um considerável poder persuasivo é apenas uma decisão concreta, afetando somente as partes envolvidas, sem que tal entendimento se torne obrigatório para as demais instâncias do Poder Judiciário, ao menos até que o Senado edite a resolução descrita no art. 52, X, da Constituição. Assim, ainda que seja adicionada uma nova norma concreta, não há grandes alterações no ordenamento jurídico. Se outras decisões forem tomadas no mesmo sentido pelo STF, observa-se a formação de uma jurisprudência dominante, o que eleva ainda mais o poder de violência simbólica, sem, contudo, produzir efeito vinculante. Por isso é muito importante a súmula vinculante, pois ela potencializa essa jurisprudência e a torna vinculante para todos os demais órgãos do Poder Judiciário e para a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

²⁷⁹ MATTOS, 2010, p. 80.

²⁸⁰ RECURSO ADMINISTRATIVO - DEPÓSITO - §§ 1º E 2º DO ARTIGO 126 DA LEI Nº 8.213/1991 - INCONSTITUCIONALIDADE. A garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do depósito como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo. (RE 389383, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00031 EMENT VOL-02282-08 PP-01625 RDDT n. 144, 2007, p. 235-236).

Foi isso que ocorreu no supracitado caso do RE 389383/SP, que se juntou a diversos outros julgados no mesmo sentido²⁸¹, servindo de inspiração para a edição da súmula vinculante número 21, que possui a seguinte redação: “É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”.

Assim, a análise do tempo relativo da lei perante a súmula vinculante não é feita de forma automática, devendo-se analisar o momento em que cada norma é produzida. Apesar de serem duas normatizações bastante diversas, visto que cada uma delas possui fundamentos e missões diferentes (ainda que ambas se apoiem na Constituição), é forçoso reconhecer que, tendo em vista a situação descrita acima, o critério cronológico²⁸² é fundamental para resolver essa disputa.

5.3.2 Súmula vinculante e tratados internacionais

O tratado internacional pode ser definido como um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, qualquer que seja sua denominação específica²⁸³.

Sua força normativa perante o ordenamento jurídico interno do Estado nunca foi um consenso na doutrina. Analisando o tema, a corrente dualista, cujo maior expoente foi Triepel, defendia que o Direito Internacional trataria apenas das relações jurídicas interestatais, enquanto o direito interno regeria relações de direito interestatais. Dessa forma, eles constituiriam dois sistemas jurídicos distintos, como dois círculos que não se sobrepõem um sobre o outro, somente se tangenciam e, em virtude disso, não podem entrar em conflito.

Os principais adversários desse pensamento foram os monistas, que, liderados por Kelsen, sustentavam não ser possível a existência de dois sistemas jurídicos válidos independentes entre si. A ordem jurídica seria uma só e, por isso, as relações entre direito interno e

²⁸¹ Podem ser citados os seguintes precedentes com o mesmo entendimento: RE 388359; RE 389383i; RE 390513; AI 398933 AgR; AI 408914 AgR; ADI 1976; AI 698626 RG-QO; RE 370927 AgR; AI 431017 AgR; RE 504288 AgR; AC 1887 MC; AI 351042 AgR-ED; AI 649432; RE 563844; AI 687411.

²⁸² Nesse ponto, é importante esclarecer que não só o critério cronológico deverá ser utilizado, também o hierárquico deverá ocorrer sempre que a súmula vinculante for inserida no sistema com base na interpretação de um princípio constitucional. Assim, a lei passará por um exame de validade, com base na Constituição e não na súmula vinculante, sendo válida, então, deverá prevalecer perante a súmula vinculante. Entendimento contrário nos levaria à conclusão de que o legislador também estaria vinculado pela súmula vinculante e isso afrontaria o artigo 103-A da Constituição e o artigo 5º da Lei.

²⁸³ Definição produzida a partir do artigo 2 da Convenção de Viena sobre Tratados de 1969.

internacional seriam de superposição, devendo-se um método para regular os eventuais conflitos normativos que porventura viessem a existir²⁸⁴.

No Brasil a tese monista sempre teve mais força e acabou prevalecendo como a teoria adotada pela maior parte da doutrina e da jurisprudência. Entretanto, uma vez estabelecido que há uma relação hierárquica entre o tratado e as demais normas, uma nova discussão se formou sobre qual dispositivo deve prevalecer em caso de conflito. Três correntes se formaram sobre o assunto: uma pregando a primazia do direito internacional²⁸⁵ sobre o interno²⁸⁶; a que defende prevalência do direito interno sobre o direito internacional; e a que os equipara, utilizando-se o critério cronológico para definir qual norma deve ser aplicada (monismo moderado).

Nesse cenário, a preferência brasileira parece ter sido pela prevalência do direito interno sobre o internacional, já que a Constituição é tida como o coração do nosso ordenamento jurídico, sobrepondo-se a todas as outras normas, inclusive o tratado, que pode sofrer um controle de constitucionalidade para ser aplicado no país. Sepúlveda Pertença explica com clareza a situação:

Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigentes que o da emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b)²⁸⁷

²⁸⁴ DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado: parte geral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 91-92.

²⁸⁵ A convenção de Viena de 1969, ratificada pelo Decreto 7030/2009, possui em seu artigo 27 uma disposição nesse sentido: Art. 27 - Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46. Apesar disso, vale lembrar que o STF já se manifestou após essa ratificação e manteve a equivalência da força normativa do tratado e da lei (exceto no caso de tratados de direitos humanos, conforme se verá a seguir). Exemplo disso é o HC 102041 / SP (julgado em 20/04/2010).

²⁸⁶ Celso D. de Albuquerque Mello adota essa posição de supremacia do Direito Internacional: “A conclusão que podemos apresentar é que, sendo o Estado sujeito de Direito Interno e de DI, é uma mesma pessoa, não se podendo conceber que ele esteja submetido a duas ordens jurídicas que se chocam. É o Direito na sua essência um só. A ordem internacional acarreta a responsabilidade do Estado quando ele viola um de seus preceitos e o Estado aceita esta responsabilidade, como não poderia deixar de ser. Da constatação deste simples fato podemos observar que o Estado sujeito de direito das duas ordens jurídicas dá primazia ao DI. A atitude correta é a dos países europeus, como a Holanda e a França, que consagraram no seu texto constitucional o primado do DI. Essa atitude tem a vantagem de evitar conflitos internacionais para o Estado” (MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 135). Nesse sentido também, a Apelação cível 9587/1951 julgada pelo Supremo Tribunal Federal, na qual é dada primazia ao Direito internacional sobre as normas internas.

²⁸⁷ Voto de Sepúlveda da Pertença no RHC 79785-7/RJ, p. 300 (RHC 79785, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2000, DJ 22-11-2002 PP-00057 EMENT VOL-02092-02 PP-00280 RTJ VOL-00183-03 PP-01010).

Em relação às leis, o Supremo Tribunal Federal, desde o paradigmático Recurso Extraordinário 80004/1977²⁸⁸, adotou durante um longo período o monismo moderado, estabelecendo que o tratado teria a mesma hierarquia da lei²⁸⁹, prevalecendo a norma posterior em caso de conflito.

A Emenda Constitucional 45/04, contudo, alterou novamente essa situação com a inserção do artigo 5º, §3º, cuja redação equipara os tratados internacionais de direitos humanos aprovados por um rito especial às emendas constitucionais²⁹⁰. A inserção desse novo dispositivo renovou a discussão sobre a força normativa do tratado internacional, especialmente aqueles que se referem a direitos humanos e foram aprovados antes da referida reforma constitucional.

²⁸⁸ CONVENÇÃO DE GENEVRA, LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CâMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS - AVAL APOSTO A NOTA PROMISSÓRIA NÃO REGISTRADA NO PRAZO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE DE SER O AVALISTA ACIONADO, MESMO PELAS VIAS ORDINÁRIAS. VALIDADE DO DECRETO-LEI Nº 427, DE 22.01.1969. EMBORA A CONVENÇÃO DE GENEVRA QUE PREVIU UMA LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CâMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS TENHA APLICABILIDADE NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO, NÃO SE SOBREPÕE ELA ÀS LEIS DO PAÍS, DISSO DECORRENDO A CONSTITUCIONALIDADE E CONSEQUENTE VALIDADE DO DEC-LEI Nº 427/69, QUE INSTITUI O REGISTRO OBRIGATÓRIO DA NOTA PROMISSÓRIA EM REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA, SOB PENA DE NULIDADE DO TÍTULO. SENDO O AVAL UM INSTITUTO DO DIREITO CAMBIÁRIO, INEXISTENTE SERÁ ELE SE RECONHECIDA A NULIDADE DO TÍTULO CAMBIAL A QUE FOI APOSTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (RE 80004, Relator(a): Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/1977, DJ 29-12-1977 PP-09433 DJ 19-05-1978 PP-03468 EMENT VOL-01083-02 PP-00915 RTJ VOL-00083-03 PP-00809)

²⁸⁹ O monismo moderado era a teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal como regra geral para resolver conflitos normativos entre tratados e leis. Com isso, não se ignora que algumas questões recebiam tratamento especial, como no caso do Direito Tributário que em seu artigo 98 (Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha) garante superioridade do tratado perante a lei. É curioso observar que esse caráter supralegal do tratado não advém da sua natureza, mas de uma lei (direito interno, portanto) que lhe garante tal força normativa. Assim, mesmo nesse caso não há uma exceção ao monismo moderado, pois o tratado, para garantir a sua superioridade em relação às normas posteriores do sistema, retira seu fundamento de validade de uma norma interna, que cria normas gerais (lei complementar) e também serve de fundamento de validade quando o assunto é Direito Tributário. Afinal, caso o artigo 98 do Código Tributário Nacional fosse retirado do sistema jurídico, os tratados perderiam a supralegalidade.

²⁹⁰ Artigo 5º, §3º: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou o problema no julgamento do Recurso Extraordinário 349703/RS²⁹¹ que debatia sobre a possibilidade da prisão civil do depositário infiel²⁹². Sobre o assunto, o quadro normativo que se apresentava era o seguinte: o artigo 5º, LXVII, da Constituição, que não proibia tal modalidade de prisão; o Decreto-lei 911/69 e o artigo 652 do Código Civil, que, regulamentando o dispositivo constitucional, permitiam a prisão; e o artigo 7º do Pacto San José da Costa Rica²⁹³, ratificado pelo Brasil no Decreto 678, que proibia essa prisão.

²⁹¹ PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 50 DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão "depositário infiel" insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (RE 349703, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675)

²⁹² O Supremo Tribunal Federal decidiu pela proibição da prisão civil do depositário infiel, tese repetida em diversos julgados posteriores. Com isso, após a formação desses reiterados casos, a Suprema Corte decidiu editar a súmula vinculante 25 (É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito) para encerrar de vez a discussão sobre o assunto.

²⁹³ Art. 7º - Direito à liberdade pessoal (...) 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplente de obrigação alimentar.

Apesar de várias teses terem se formado²⁹⁴, a que parece ter sido adotada pelo Supremo Tribunal Federal foi a do ministro Gilmar Mendes²⁹⁵, que pregava uma hierarquia supralegal²⁹⁶ aos tratados internacionais sobre direitos humanos promulgados antes da EC 45/04.

Dessa forma, é possível dizer que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo quórum especial adotado na EC 45/04 possuem força de emenda constitucional; os aprovados sem o quórum possuem força supralegal; e aqueles que dispuserem de outros assuntos permanecem com força de lei (ou seja, quando o assunto não for direitos humanos, continua prevalecendo o monismo moderado).

Uma vez estabelecida a situação normativa dos tratados internacionais dentro da nossa ordem jurídica, é hora de enfrentar a questão do tempo relativo do tratado perante a súmula vinculante.

A súmula vinculante é o produto de uma tese, materializada por meio de um enunciado, adotada em reiterados casos pelo Supremo Tribunal Federal para elucidar uma questão controversa e assim garantir uniformidade nas decisões judiciais e da Administração Pública. Daí surge a primeira questão: estaria o chefe do Poder Executivo vinculado aos mandamentos da súmula? A resposta é negativa, pois o presidente da república, ao celebrar um tratado

²⁹⁴ O ministro Celso de Mello apresentou outra proposta que também teve boa aceitação entre os ministros, na qual defendia que os tratados de direitos humanos anteriores à EC 45/04 contariam com força constitucional (artigo 5º, §2º) em virtude de integrarem o bloco de constitucionalidade: “Em suma: o entendimento segundo o qual existe relação de paridade normativa entre convenções internacionais e leis internas brasileiras há de ser considerado, unicamente, quanto aos tratados internacionais cujo conteúdo seja materialmente estranho ao tema de direitos humanos (...) Em decorrência dessa reforma constitucional, e ressalvadas as hipóteses a elas anteriores (considerado, quanto a estas, o disposto no §2º do artigo 5º da Constituição), tornou-se possível, agora, atribuir, formal e materialmente, às convenções internacionais sobre direitos humanos, hierarquia jurídico-constitucional, desde que observado, quanto ao processo de incorporação de tais convenções o “iter” procedimental concernente ao rito de apreciação e de aprovação das propostas de emendas à Constituição, consoante prescreve o §3º do artigo 5º da Constituição (...) É preciso ressaltar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC 45/2004, pois, quanto a elas, incide o §2º do artigo 5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo a sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade”. (Voto do Ministro Celso de Mello, p. 820-822 (RE 349703, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675). No mesmo sentido, PIOVESAN, Flávia. **A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos**. EOS Revista Jurídica da Faculdade da Direito – v2 – n.I – ano II ISSN 1980-7430, p. 20-33.

²⁹⁵ Nesse sentido, HC 95697; 94523 RE 349703.

²⁹⁶ A posição do Ministro Gilmar Mendes não deixa dúvidas a esse respeito: “O Supremo Tribunal Federal acaba de produzir uma decisão histórica. O Brasil adere agora ao entendimento já adotado em diversos países no sentido da supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica interna (...) Como exposto, o tratado internacional não necessita ser aplicado na estrutura de outro normativo interno nem ter *status* paritário com qualquer deles, pois tem assento próprio na Carta Magna, com requisitos materiais e formais peculiares”. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 859-873 (RE 349703, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675).

internacional, não age como chefe da administração pública federal, mas como chefe de Estado brasileiro, assumindo compromissos internacionais e, com isso, introduzindo novas regras no ordenamento jurídico, não estando vinculado ao STF, embora ainda esteja subordinado à Constituição e, por isso, pode ter a constitucionalidade de seus atos controlada pela Suprema Corte.

Tendo sido adotado o monismo moderado em relação aos tratados internacionais que não tratem de direitos humanos, podemos dizer que, eles possuem a mesma força normativa da lei, logo, nesse caso, adotar-se-á a solução dada pela Lei 11.417/06, já comentada anteriormente²⁹⁷.

Quanto aos tratados que tratem de direitos humanos, tenham eles força supralegal ou constitucional, a solução não é diversa. Senão, vejamos: a introdução de um tratado modifica a estrutura normativa do ordenamento, criando um novo sistema jurídico e, com isso, alteram-se as condições nas quais a súmula foi criada, prejudicando a sua aplicabilidade e obrigando o STF a ratificá-la (em caso de inconstitucionalidade do tratado), modificá-la ou revogá-la, conforme o caso, assim como acontece com a lei. Dessa forma, o tratado posterior deve prevalecer diante da súmula vinculante.

Cabe agora explicar por que os tratados anteriores à súmula vinculante devem sucumbir perante a sua autoridade. Para isso, vale lembrar que o STF pode declarar a inconstitucionalidade de tratado de direitos humanos²⁹⁸ sempre que este afrontar à Constituição. Havendo reiteradas decisões sobre o assunto, a Suprema Corte poderia editar uma súmula vinculante, que consolidaria a questão e, por isso, deveria prevalecer perante o tratado. Assim, para a inserção de súmula vinculante contrária a um tratado internacional, é preciso que haja uma jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal contrária ao dispositivo do tratado, tendo a súmula apenas a função de potencializar a força dessa jurisprudência, tornando-a vinculante.

²⁹⁷ Relembrando a solução dada anteriormente: a lei editada posteriormente à súmula vinculante deve prevalecer, pois sendo alteradas as condições sobre as quais a súmula foi produzida, ou seja, modificando-se o ordenamento jurídico com a criação de um novo sistema, diverso daquele que serviu de fundamento de validade para edição da súmula, então, ela não deve mais incidir sobre essa nova realidade, tendo em vista que não pode ser dissociada dos precedentes que lhe deram origem e estes estavam ligados a um sistema jurídico anterior. Já a solução para o caso de súmula vinculante editada após a lei é diversa, ou seja, a súmula vinculante deve prevalecer em caso de conflito. Isso ocorre porque, na verdade, antes mesmo da edição do enunciado sumular a lei já não era aceita pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sendo a súmula vinculante apenas um reflexo dessa interpretação realizada pela Suprema Corte.

²⁹⁸ Sendo a Constituição o documento de maior força normativa, os tratados de direitos humanos (assim como as emendas constitucionais) devem respeitar a sua autoridade, podendo ter a sua constitucionalidade controlada pelo Supremo Tribunal Federal.

Um exemplo ajuda a elucidar a questão: poderíamos imaginar uma situação na qual o STF, com base numa nova interpretação do artigo 5º, LXVII, da Constituição, mudasse o seu posicionamento, passando novamente a aceitar essa prisão (sem, contudo, retirar o caráter supralegal desses tratados de direitos humanos promulgados antes da EC 45/2004). Nesse caso, não há dúvidas de que deveria ser cancelada a súmula vinculante 25, já que ela não refletiria mais a posição da Suprema Corte. Essa matéria, mesmo depois de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal permitindo a prisão, poderia ser novamente objeto de discussão e controvérsia no âmbito do Judiciário (especialmente pela força de tais tratados), com decisões divergentes sobre o assunto. Nesse cenário, a fim de encerrar a questão, o STF editaria uma súmula vinculante resolvendo a questão, que deveria prevalecer diante do Pacto San José da Costa Rica, mesmo este tendo força supralegal (ou até constitucional).

Essa superioridade ocorre porque o Supremo Tribunal Federal é o responsável por realizar a leitura constitucional, compatibilizando os diversos princípios presentes na Magna Carta. Sendo a súmula vinculante um enunciado interpretativo tratando de matéria constitucional, e considerando um conflito no qual há duas normas constitucionais em jogo (a súmula e o tratado de direitos humanos), é perfeitamente possível que se dê preferência ao ditame previsto no enunciado vinculante. O maior exemplo disso é a própria súmula vinculante 25, que, embora não seja contrária a um tratado com força constitucional, sem dúvida alguma restringe significativamente o alcance do artigo 5º, LXVII, da Constituição, vedando ao juiz a prisão do depositário infiel²⁹⁹. Ora, se o texto originário da Constituição pode ser interpretado e limitado por uma súmula vinculante, não haveria motivos para um tratamento diferenciado em relação à emenda constitucional ou a uma norma supralegal.

Por fim, vale dizer que, embora a súmula vinculante prevaleça diante do tratado internacional, ela apenas retira a sua aplicabilidade na ordem jurídica interna, sem revogá-lo, já que para a ocorrência da revogação é preciso que haja a denúncia³⁰⁰.

²⁹⁹ Embora tenha prevalecido a tese da suprelegalidade no STF, não há dúvidas de que a norma constitucional sofreu uma restrição grande a partir da edição do enunciado vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, pois na prática a parte do dispositivo que permitia a prisão do depositário infiel deve ser ignorada pelo intérprete. Ainda que se tente justificar com a tese de que o dispositivo não é auto-aplicável, a explicação não convence, pois qualquer tentativa de regulamentar o assunto não pode ocorrer, tendo em vista o caráter supralegal do tratado de San José da Costa Rica. Assim, o que acontece é uma norma supralegal inviabilizando um mandamento constitucional. Nesse ponto, talvez o melhor teria sido adotar a posição do ministro Celso de Mello, considerando o tratado como norma constitucional, afinal isso evitaria a situação de uma norma inferior limitando uma norma superior.

³⁰⁰ Nesse sentido, Luís Roberto Barroso ensina que “O tratado que se encontrar em vigor quando do advento de um novo texto constitucional, seja este fruto do poder constituinte originário ou derivado, será tido como ineficaz, se com este for incompatível”; explicando o sentido do termo ineficaz o autor aduz: “não parece própria a referência revogação, porque, a rigor técnico, o tratado não deixa de vigor até o momento da denúncia” (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática**

Portanto, para resolver o confronto entre súmula vinculante e tratado internacional, assim como ocorre com a lei, deve ser usado o critério cronológico, prevalecendo sempre o diploma normativo posterior.

5.3.3 Súmula vinculante e a coisa julgada

Antes de adentrar no tema da força normativa da súmula vinculante perante a autoridade da coisa julgada, é preciso lembrar que ambas foram criadas para garantir segurança jurídica.

Nesse cenário, a coisa julgada possui surge como uma importante ferramenta para garantir estabilidade ao sistema³⁰¹, dando um caráter definitivo às decisões judiciais. Mas o que é a coisa julgada?

O artigo 6º, §3º, da Lei de Introdução ao Código Civil assevera que “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”. Já o artigo 467 do Código de Processo Civil, inspirado em Liebman, denomina coisa julgada material a eficácia³⁰², que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário³⁰³.

Doutrinariamente, vale comentar as idéias de Liebman, que rechaçou a tese de que a coisa julgada seja um efeito que torna a sentença imutável. Segundo o autor italiano, a eficácia da sentença pode ser definida como um comando com a finalidade de constituir, modificar ou determinar uma relação jurídica. Esse comando pode ser suscetível de reforma pela pluralidade de instâncias do sistema recursal sobre o qual o processo está construído e também pela criação de outro comando, pronunciado por outro órgão de Estado, de acordo com as regras do ordenamento jurídico em análise. Assim, não é a eficácia da sentença que

constitucional transformadora. 5 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 33.

³⁰¹ Osmar Mendes Paixão Côrtes comenta o assunto: “Sem a garantia do respeito à coisa julgada, o *caos* estaria instaurado, pois não só as partes envolvidas em uma lide viveriam em situação de insegurança, como também todos os jurisdicionados, pois não teriam a consciência e a tranquilidade de que, havendo dúvida quanto à resolução de um problema, o Poder Judiciário ditaria a solução definitiva a partir das normas do ordenamento jurídico. Assim, não conseguiriam guiar seus negócios, suas vidas e suas condutas” (CÔRTEES. 2008, p.45).

³⁰² Mais uma vez o legislador utiliza o termo eficácia como sinônimo de aptidão para produzir efeitos. As críticas sobre tal definição já foram feitas no capítulo I, o que se nota é uma promiscuidade do termo, ora usado como sinônimo de vigência, ora como aptidão para gerar efeitos, ou como o próprio efeito, enfim, o tema não é tratado com o devido cuidado.

³⁰³ Esse conceito é duramente criticado pela doutrina, pois ele não faz a distinção entre coisa julgada material e formal; não determina quais espécies de sentença ganhariam o selo da imutabilidade e indiscutibilidade; não é a coisa julgada que determina que a sentença vai se tornar imutável e indiscutível, e sim o trânsito em julgado. CÔRTEES, 2008, p.45.

garante, por si só, a imutabilidade desse comando decisório³⁰⁴, mas uma qualidade que reveste o ato também em seu conteúdo, tornando imutáveis tanto o ato em sua existência formal, quanto os seus efeitos³⁰⁵. Essa qualidade (imutabilidade) que se agrega aos efeitos da decisão seria a coisa julgada.

Embora essa posição conte com o apoio da grande maioria da doutrina brasileira, Barbosa Moreira³⁰⁶, seguindo uma trilha um pouco diferente, defende que a coisa julgada não consiste na imutabilidade dos efeitos da sentença, mas na imutabilidade do conteúdo do comando da sentença³⁰⁷, pois os efeitos da sentença podem vir a ser modificados ou extintos e se o objeto do direito for disponível, as partes podem ajustar, após o trânsito em julgado, solução distinta. De fato, diante dos argumentos apresentados, a segunda corrente parece estar com a razão, já que a coisa julgada só terá o condão de tornar indiscutível e imutável o conteúdo da sentença e não seus efeitos³⁰⁸.

Ainda sobre o assunto, há uma divisão comumente feita entre coisa julgada formal e coisa julgada material. A primeira é “uma espécie de estabilidade relativa que a sentença ganha, para garantir que a discussão não poderá ressurgir no mesmo processo³⁰⁹”. Assim, a coisa julgada formal é a imutabilidade da decisão dentro do processo, sendo, para alguns, consequência da preclusão máxima³¹⁰. Já a coisa julgada material projeta seus efeitos para

³⁰⁴ A imutabilidade desse comando decisório é dada por uma questão de escolha política legislativa, não sendo algo insito à própria decisão.

³⁰⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. trad. Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 50-51.

³⁰⁶ No mesmo sentido, CAMARA, 2008, p. 460 e CÔRTES, 2008, p.44.

³⁰⁷ Barbosa Moreira procura se distanciar da proposta de Liebman, afirmando que “Liebman, que tanto fez para distinguir da eficácia da sentença a autoridade da coisa julgada, e com isso prestou serviço inestimável à ciência processual, deteve-se contudo a meio caminho. Em sua construção, fica ainda a coisa julgada conceptualmente presa à rede dos efeitos da sentença, como algo que a eles adere *“per qualificarli e rafforzari in un senso ben determinato”*, ou seja, para fazê-los imutáveis. Ora, tal compromisso é insatisfatório, até porque, na realidade, os efeitos da sentença *não* se tornam imutáveis com o trânsito em julgado: o que se torna imutável (ou, se se prefere, indiscutível) é o *próprio conteúdo* da sentença, como norma jurídica concreta referida à situação sobre que se exerceu a atividade cognitiva do órgão judicial”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 89.

³⁰⁸ Marcelo Abelha Rodrigues destaca que a coisa julgada passou por um processo de dessubstancialização, deixando de significar o “caso julgado” para passar a ser a autoridade que se imprime ao caso julgado. Assim, para o autor a coisa julgada seria simplesmente o fenômeno de ter ocorrido o julgamento da lide (coisa=lide; julgada=participio do verbo julgar) e não a imutabilidade da decisão dentro (coisa julgada formal) e fora do processo (coisa julgada material). RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil: teoria geral: premissas e institutos fundamentais/ relação jurídica : procedimentos em 1. e 2. graus : recursos : execução : tutela de urgência**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: R. dos Tribunais, 2010, p. 548.

³⁰⁹ CÔRTES, 2008, p. 41.

³¹⁰ Marcelo Abelha Rodrigues afirma que: “A consequência lógica da preclusão máxima, o efeito de sua ocorrência, é que a relação jurídica processual finda fica estável, de modo que não é mais possível movimentá-la. A imutabilidade e a estabilidade dessa relação jurídica processual é o que se denomina coisa julgada formal”. RODRIGUES, 2010, p. 246. Apesar dessa relação, não há que se confundir coisa julgada formal e preclusão, sendo ambos fenômenos diferentes, embora ligados. Ada Pellegrini Grinover esclarece a questão: “Na verdade, porém, coisa julgada formal e preclusão são fenômenos diversos, na perspectiva da decisão irrecorrível. A preclusão é, subjetivamente, a perda de uma faculdade processual e, objetivamente, um fato impeditivo; a coisa

fora do processo, tonando imutável o conteúdo da sentença e impedindo que juízes de processos futuros se pronunciem novamente sobre um caso já transitado em julgado³¹¹. Pode-se dizer que quando houver coisa julgada material, necessariamente deve existir coisa julgada formal; o inverso, todavia, não ocorre, podendo haver casos em que há coisa julgada formal, mas não se forma a coisa julgada material, como, por exemplo, quando o processo é extinto sem julgamento de mérito.

Quanto aos limites da coisa julgada, o Código de Processo Civil dispõe no artigo 469 que não fazem coisa julgada: os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo. Isso significa basicamente que apenas recebe a autoridade da coisa julgada a parte dispositiva da sentença, estando de fora a motivação e fundamentação, que podem ser rediscutidas em ulteriores processos³¹². Quanto aos limites subjetivos o artigo 472 diz que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

Uma vez estudados alguns conceitos iniciais, já é possível trazer à discussão a posição normativa que a coisa julgada ocupa no sistema, para, após isso, estudar a sua relação com a súmula vinculante.

A coisa julgada não é uma questão meramente processual, tendo previsão expressa na Constituição³¹³, donde retira a sua força para estabilizar o sistema jurídico e garantir a autoridade e o respeito das decisões judiciais. Afinal, de nada adiantaria receber uma resposta

julgada formal é a qualidade da decisão, ou seja, a sua imutabilidade, dentro do processo. Trata-se, assim, de institutos diversos, embora ligados entre si por uma relação lógica antecedente-consequente”. Ada Pellegrini Grinover em notas ao livro LIEBMAN, 2007, p. 68.

³¹¹ O trânsito em julgado “é o momento da passagem da sentença da situação de mutável para a de imutabilidade, quando não há mais possibilidade de a sentença vir a ser alterada”. CÔRTEZ, 2008, p. 42. Para saber se essa imutabilidade se restringe apenas ao processo definitivamente julgado ou se ela também vale para qualquer processo que julgar o caso, é preciso analisar se há apenas a formação de coisa julgada formal ou se também se forma a coisa julgada material.

³¹² Cassiano Luiz Iurk destaca que não é possível dissociar completamente a parte dispositiva da sentença dos motivos que a ensejaram. Segundo o autor: “Não obstante a afirmação doutrinária de que apenas o *decisium* adquire a condição de coisa julgada, e nunca os motivos e fundamentos da sentença, importante ressaltar que estes não desaparecem por completo, pois são elementos necessários para o esclarecimento do sentido do julgado. Sob este aspecto, importa dizer que não há que se entender os limites objetivos da coisa julgada em seu aspecto meramente formal, confundindo-os com o que está exclusivamente contido no dispositivo da sentença, visto que esta parte da decisão apenas poderá ser corretamente mensurada caso seja correlacionada com a causa de pedir”. IURK, Cassiano Luiz. **Coisa julgada e súmula vinculante**. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2008, p. 33.

³¹³ Art. 5º, XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

favorável do Poder Judiciário, se a qualquer momento essa situação pudesse ser modificada. Assim, essa norma abstrata prevista constitucionalmente funciona como fundamento de validade para que as normas concretas produzidas pelo magistrado ganhem estabilidade e seus efeitos se tornem permanentes³¹⁴. Essa, então, é a função da coisa julgada, tornar imutável o conteúdo da sentença de casos concretos definitivamente decididos pelo juiz, garantindo a paz social.

A súmula vinculante, embora se origine de reiterados casos (normas concretas), é uma norma abstrata, aplicada não para resolver um caso concreto, mas para solucionar qualquer situação que se encaixe na hipótese de incidência prevista.

Dessa maneira, não há que se falar em conflito de normas no caso de uma decisão acobertada pela coisa julgada³¹⁵ e súmula vinculante, pois ambas são normas de tipologias diferentes (uma é concreta e a outra é abstrata), com missões diferentes e âmbitos de incidência diferentes, não havendo possibilidade de choque entre elas.

Um exemplo ajuda a elucidar a questão: João é funcionário público e está sendo julgado em um determinado processo administrativo. Sobre o assunto, vale dizer que a redação súmula vinculante número 5 fala que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Essa norma possui um caráter abstrato, devendo ser aplicada por quem está submetido à sua autoridade. Suponha que um juiz, vinculado, portanto, pela súmula, ignore-a e anule o processo administrativo de João pelo fato de não existir defesa técnica apresentada por advogado, incidindo a coisa julgada sobre a decisão, que, com isso, torna-se imutável.

Nesse caso, mesmo havendo uma contradição entre o comando sumular e a decisão acobertada pela coisa julgada, ambas cumpriram com as suas funções dentro do sistema. Sobre o assunto, é importante lembrar os ensinamentos de Kelsen, que, ao estudar a norma jurídica, defendia a utilização do princípio da imputação, ou seja, ocorrendo determinado evento, então deve ocorrer uma determinada consequência (Se A, então deve ser B). Assim, o fato de a súmula vinculante não ter sido aplicada em determinado caso concreto não retira a

³¹⁴ Essa imutabilidade ocorreria, inclusive, no caso de normas inválidas, uma vez que, como já foi dito no capítulo 1, a pertença da norma ao ordenamento jurídico pode acontecer independentemente da validade, bastando para isso o ato de promulgação da autoridade competente. Logicamente que há casos em que essa imutabilidade cede para outros valores presentes no sistema jurídico, ocorrendo o que chamamos de relativização da coisa julgada.

³¹⁵ Como já foi dito, a coisa julgada não é uma norma jurídica, mas uma qualidade que torna o conteúdo de comando da sentença definitivo. Quando estamos nos referindo a um eventual conflito, na verdade, seria entre a norma jurídica concreta produzida pelo magistrado, sobre a qual recaia a coisa julgada, e a súmula vinculante.

sua autoridade nem a sua existência no sistema jurídico, embora afete a sua eficácia³¹⁶. Quanto à coisa julgada, ela cumpriu o seu papel de estabilizar o sistema, garantindo a imutabilidade da decisão judicial, ainda que contrária a normas superiores do sistema (inválida).

Em suma, a súmula vinculante atua no sistema como uma norma geral e abstrata, não podendo influenciar em decisões concretas acobertadas pelo manto da coisa julgada. Não há que se falar, então, em relativização da coisa julgada em virtude de contrariedade da decisão definitiva com o conteúdo da súmula vinculante.

5.3.4 Súmula vinculante e a possibilidade de ação rescisória

No tópico anterior defendemos que a coisa julgada consiste basicamente numa qualidade que torna imutável o conteúdo do comando da sentença. Assim, com o trânsito em julgado a decisão final do magistrado ganha um *status* definitivo e não pode mais ser reformada por nenhum recurso.

Almejando suavizar um pouco essa realidade e evitar que uma grande quantidade de sentenças inválidas se tornasse definitivas, o sistema jurídico criou a ação rescisória que constitui um remédio excepcional para “retirar do mundo jurídico essas decisões judiciais que já transitaram em julgado e que estão produzindo efeitos no mundo fático, mas que na verdade são decisões que padecem de algum vício muito sério, não percebido no andamento do processo³¹⁷”.

Nesse cenário, a ação rescisória surge como uma ação autônoma de impugnação³¹⁸, por meio da qual se pede a desconstituição de uma decisão transitada em julgado, para que uma nova decisão seja tomada. Ela é a última *ratio* que o sistema jurídico oferece para evitar a imutabilidade da decisão.

³¹⁶ Logicamente que se esse desrespeito deixar de ser uma exceção e passar a se tornar uma regra, então, a ineficácia da norma pode influenciar na própria existência dela dentro do sistema, culminando com o que Kelsen chama de *desuetude*.

³¹⁷ RODRIGUES, 2010, p. 542.

³¹⁸ Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira: “O direito brasileiro, à semelhança de outros ordenamentos, conhece dois tipos de remédios utilizáveis contra decisões judiciais: os *recursos* e as *ações de impugnação*. Em nosso sistema, o traço distintivo consiste em que, através do recurso, se impugna a decisão *no próprio processo* em que foi proferida, ao passo que o exercício de ação autônoma de impugnação dá sempre lugar à instauração de *outro processo*. A ação rescisória é o exemplo clássico dessa segunda espécie. Seria hoje anacronismo injustificável prolongar a controvérsia, que em certa época lavrou na doutrina, sobre a assimilação da ação rescisória à figura do recurso”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: a arts. 476 a 565**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 100.

Com isso, para sermos fiéis ao conceito defendido de coisa julgada (imutabilidade do comando da sentença), é preciso admitir que a coisa julgada só existirá de fato, com toda a sua autoridade, depois de decorrido o prazo da ação rescisória. Antes disso, embora se forme a coisa julgada formal, não há a imutabilidade do comando sentencial, já que o sistema jurídico ainda prevê uma forma de correção da decisão que contenha algum vício previsto nas hipóteses taxativas do artigo 485 do Código de Processo Civil. Apenas depois disso é que teremos a coisa julgada material e a decisão tornar-se-á definitiva³¹⁹. Assim, reafirmando a posição de que a súmula vinculante não pode relativizar coisa julgada material, passaremos a analisar a possibilidade de utilização de ação rescisória para as decisões que violem a súmula vinculante.

O artigo 485 do Código de Processo Civil prevê as seguintes hipóteses para o ajuizamento de ação rescisória³²⁰: I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente; III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar literal disposição de lei; VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal, ou seja, provada na própria ação rescisória; VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença; IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

Uma das hipóteses que poderiam se relacionar à violação da súmula vinculante seria o erro de fato, que consiste em a sentença admitir um fato inexistente ou considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido. É preciso esclarecer que o erro deve recair sobre o fato em si, ou seja, sobre um evento ocorrido no mundo, não ocorrendo tal hipótese no caso de engano na

³¹⁹ A maior parte da doutrina defende que a ação rescisória terá como objeto de rescisão a decisão judicial sobre a qual se imprima a autoridade da coisa julgada, ou seja, a decisão que se torna imutável e tem o seu comando eternizado. Nesse sentido, RODRIGUES, 2010, p. 546; CORTES, 2008, p. 54. Entretanto, não parece coerente dizer que a decisão tornou-se imutável e, ao mesmo tempo, prever uma ação capaz de mudá-la. Na verdade, a decisão só ganha, de fato, essa qualidade definitiva, quando não há mais nada que possa modificá-la e isso só ocorre quando já não puder mais ser usada a ação rescisória. Isso, contudo, não significa que os efeitos dessa decisão só se manifestem após a ação rescisória, tais efeitos ocorrerão desde o trânsito em julgado (não se pode confundir coisa julgada –imutabilidade do comando sentencial- com trânsito em julgado ou os efeitos da decisão), mas o comando sentencial só se tornará imutável com o fim do prazo para ação rescisória.

³²⁰ É importante ressaltar que tais hipóteses são taxativas, não podendo haver uma ampliação do rol previsto. Osmar Mendes Paixão Côrtes não deixa dúvidas: “Até por ser um remédio extremo, que tem como objetivo corrigir defeitos que tenham marcado uma decisão judicial transitada em julgado ou para, à luz de fato superveniente, adequar a decisão ao direito, a ação rescisória só é cabível nas hipóteses taxativamente previstas na legislação processual civil”. CÔRTEZ, 2008, p.68.

qualificação jurídica. Assim, quando o magistrado diante de um caso concreto considera que a cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas não viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal³²¹, ele não estará cometendo um erro de fato, mas um erro de julgamento, visto que a qualificação jurídica utilizada por ele está equivocada. Tanto é assim que o erro deve ser constatado pelos simples exame dos documentos e peças dos autos originários. Já se falou que a súmula vinculante é uma norma abstrata e, portanto, não poderia ser confundida com essa hipótese, que é produzida por meio de uma análise concreta da situação fática. Por fim, o §2º do artigo 485 ainda exige dois requisitos adicionais: que não tenha havido controvérsia sobre o fato e que sobre ele tenha havido pronunciamento judicial. Então, não é cabível a ação rescisória por erro de fato no caso de violação de súmula vinculante.

A outra situação, que sem dúvida é a mais polêmica, é a utilização do inciso V do artigo 485 do Código do Processo Civil (violar literal disposição de lei) para o caso de desrespeito à súmula vinculante. Primeiramente vale esclarecer que essa discussão só deve ser levada adiante para o caso da decisão judicial contrária formada posteriormente à edição da súmula vinculante, pois, sendo ela anterior, então não será caso de ação rescisória (ao menos não por violação da súmula vinculante), pois a súmula vinculante possui um caráter prospectivo, não retroagindo e influenciando situações passadas.

A grande questão é saber se o vocábulo lei deve receber uma interpretação extensiva, englobando a súmula vinculante, ou uma interpretação restrita, excluindo os enunciados vinculantes³²².

Analisando o tema, Barbosa Moreira ensina que lei, nesse caso, deve ser entendido em sentido amplo, compreendendo a Constituição, a lei complementar, ordinária, delegada, a medida provisória, o decreto legislativo, a resolução (Carta da República, art. 59), o decreto emanado do Executivo, o ato normativo baixado por órgão do Poder Judiciário (como o regimento interno). O mesmo autor, entretanto, afirma que decisão que se afaste da jurisprudência não terá de ser revista, ainda que o entendimento divirja de proposição constante de súmula,

³²¹ A súmula vinculante número 12 tem redação expressa dizendo que a cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal.

³²² Cassiano Luiz Iurk defende que o termo lei não pode ser empregado para a súmula vinculante: “Necessário ressaltar ainda, que sequer deve-se admitir a *relativização* da coisa julgada anterior em face da súmula vinculante, como sujeita à ação rescisória por violação à *literal disposição de lei* (art. 485, V do CPC), porque a súmula, para este fim, não se equipara à lei, e mesmo que assim fosse, admitir esta hipótese seria permitir que todas as sentenças que tratassem de matéria constitucional estivessem condicionadas a uma interpretação futura coincidente com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, fazendo com que a coisa julgada tivesse sempre um caráter provisório” IURK, 2008, p. 120-121.

ressalvado o caso do disposto no artigo 103-A da Constituição (súmula vinculante). Assim, o que se verifica é que não só a lei *strictu sensu* está regulada pelo artigo 485, V, do CPC, mas a norma jurídica, tanto é que se propõe a utilização do termo *Direito em tese* ao invés de *lei*³²³.

O Supremo Tribunal Federal foi ainda mais longe e afastou a súmula 343 (não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais) quando a matéria divergente for de natureza constitucional. Deve-se garantir a força normativa da Constituição e isso só será feito quando forem prestigiadas as decisões do STF, que, afinal, é o guardião da Constituição.

Gilmar Mendes, em voto no paradigmático RE 328812/AM afirmou:

Ora, se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a sua interpretação do texto constitucional deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo absoluto outorgado à sua decisão. Não estou afastando, obviamente, o prazo das rescisórias, que deverá ser observado. Há um limite, portanto, associado à segurança jurídica. Mas não parece admissível que esta Corte aceite diminuir a eficácia de suas decisões com a manutenção de decisões diretamente divergentes à interpretação constitucional aqui formulada. Assim, se somente por meio de controle difuso de constitucionalidade, portanto, anos após as questões terem sido decididas pelos Tribunais ordinários, é que o Supremo Tribunal veio a apreciá-las, é a ação rescisória, com fundamento em violação de literal disposição de lei, instrumento adequado para a superação de decisão divergente³²⁴.

Assim, considerando que uma jurisprudência da Suprema Corte já é capaz de dar ensejo à ação rescisória, não há dúvidas de que ela deve ser admitida no caso da súmula vinculante. Essa posição adotada parece ser realmente a mais adequada, tendo em vista que o sistema jurídico não é formado apenas pela lei, diversos outros documentos normativos também possuem grande relevância, garantindo direitos que também devem receber a maior proteção possível. Levando-se às últimas conseqüências a literalidade do artigo 485, V, nem o tratado de direitos humanos (com hierarquia superior à lei) nem a Constituição seriam contempladas como hipóteses de cabimento da ação rescisória, o que é um absurdo, tendo em vista que a lei possui tal proteção. Por tudo isso, não há como negar que a violação à súmula vinculante, que é a jurisprudência do STF potencializada acerca de determinada matéria constitucional, pode ser atacada pela ação rescisória quando tiver seu comando violado³²⁵.

³²³ MOREIRA, 2009, p. 131-133.

³²⁴ RE 328812 ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2008, DJe-078 DIVULG 30-04-2008 PUBLIC 02-05-2008 EMENT VOL-02317-04 PP-00748 RTJ VOL-00204-03 PP-01294 LEXSTF v. 30, n. 356, 2008, p. 255-284.

³²⁵ Nesse sentido, Márcia Cadore: “Assim, as ações rescisórias propostas com base no artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, para rescindir sentenças baseadas em normas declaradas inconstitucionais ou baseadas

5.3.5 Súmula vinculante x Medida Provisória

Como já se falou no capítulo 2, o princípio da Separação dos Poderes não pode ser visto de forma absoluta, possuindo alguns temperamentos ou funções atípicas como, por exemplo, as súmulas vinculantes e as medidas provisórias.

As medidas provisórias originaram-se do Decreto-lei, previsto primeiramente na Constituição de 1937³²⁶, e utilizado para a regulamentação de diversos temas importantes, como o Código Penal, o Código de Processo Penal e boa parte da legislação trabalhista. Tal previsão foi mantida nas Constituições de 1967³²⁷ e 1969³²⁸.

A Constituição de 1988 extinguiu a figura do Decreto-lei, substituindo-o pela medida provisória, que funcionaria como uma verdadeira legislação de urgência a ser manuseada pelo Poder Executivo. Segundo José Levi do Amaral Júnior ela pode ser definida como “ato normativo primário, e provisório, circunscrito à esfera privativa de competência do Presidente da República, possuindo, desde logo, força, eficácia e valor de lei³²⁹”. Regulada no artigo 62 da Constituição, a medida provisória possui dois requisitos fundamentais para a sua validade, a relevância e urgência, podendo, inclusive, ser objeto de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal³³⁰.

na inconstitucionalidade de norma posteriormente considerada constitucional, ou, ainda proferidas de forma contrária à súmula vinculante, terão, necessariamente, que ser julgadas procedentes”. CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 234-235.

³²⁶ O termo Decreto-lei foi usado em vários sentidos pela Constituição de 1937, embora a previsão do artigo 180 (Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União) tenha sido a mais utilizada e que ficou mais conhecida.

³²⁷ Artigo 58 da Constituição de 1967: Art 58 - O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias: I - segurança nacional; II - finanças públicas. Parágrafo único - Publicado, o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação o texto será tido como aprovado.

³²⁸ Redação do artigo 55 da Emenda Constitucional n. 1 de 1969 (Constituição de 1969): Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias: I - segurança nacional; II - finanças públicas, inclusive normas tributárias; e III - criação de cargos públicos e fixação de vencimentos. §1º Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias a contar do seu recebimento, não podendo emendá-lo, se, nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido por aprovado.

³²⁹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Medida provisória e sua conversão em Lei: a emenda constitucional n. 32 e o papel do Congresso Nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 122.

³³⁰ O Supremo Tribunal Federal admite que essa análise de relevância e urgência não pode ter um viés apenas jurídico, havendo também uma grande carga política. Apesar disso, há casos em que, para proteger a Constituição, a Suprema Corte precisa intervir e exercer o controle de constitucionalidade, como no EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MEDIDA PROVISÓRIA. REQUISITOS DA URGÊNCIA E RELEVÂNCIA. O

Nesse cenário, a medida provisória funciona da seguinte maneira: o presidente, diante de uma questão relevante e urgente, respeitadas as limitações do artigo 62, §1º da Constituição³³¹, edita uma medida provisória para regular o assunto. Nesse caso, tal ato normativo deve ser avaliado pelo Congresso Nacional no prazo de sessenta dias (prorrogável por igual período), sob pena de, se não for convertida em lei, perder a sua eficácia³³². Assim, embora possua força de lei, a medida provisória não é lei³³³, possuindo caráter excepcional e temporário.

O Supremo Tribunal Federal com o julgamento da ADI 1417/DF³³⁴ adotava o entendimento que a medida provisória (ato transitório do Poder Executivo) e a lei de conversão (ato definitivo do Poder Legislativo) eram atos distintos e, em virtude disso, a conversão em lei convalidaria vícios presentes na medida provisória, como falta de relevância e urgência, já que, nesse caso, não se trataria mais da análise de medida provisória, mas de uma lei³³⁵. Entretanto, tal entendimento foi modificado a partir da ADI 4048/DF, que foi expressa em

entendimento desta Corte é no sentido de que o exame dos requisitos da urgência e relevância somente pode ser submetido ao Judiciário quando se configurar abuso da discricionariedade pelo chefe do Poder Executivo. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 489108 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 02/05/2006, DJ 26-05-2006 PP-00029 EMENT VOL-02234-06 PP-01185).

³³¹ Art. 62, §1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I - relativa a: a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; b) direito penal, processual penal e processual civil; c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º; II - que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; III - reservada a lei complementar; IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República

³³² Mais uma vez o termo eficácia é usado de forma um pouco diferente do que foi explanado na presente dissertação. Na realidade não se trata de perda de eficácia, mas de vigência.

³³³ Celso Antônio Bandeira de Mello aponta algumas entre os dois institutos: as medidas provisórias teriam caráter excepcional, ao contrário das leis, que seriam a forma normal de regulamentação; as medidas provisórias seriam efêmeras, enquanto as leis teriam duração indeterminada; as medidas provisórias dependeriam de manifestação de outro órgão (Congresso Nacional), já as leis só dependeriam dos órgãos que responsável por editá-las (quando constitucionais, obviamente); a medida provisória possui requisitos como a relevância e urgência, não previstos para as leis. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Perfil Constitucional das Medidas Provisórias**. RDP, n. 95, 1990, p. 28-32.

³³⁴ EMENTA: Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP. Medida Provisória. Superação, por sua conversão em lei, da contestação do preenchimento dos requisitos de urgência e relevância. Sendo a contribuição expressamente autorizada pelo art. 239 da Constituição, a ela não se opõem as restrições constantes dos artigos 154, I e 195, § 4º, da mesma Carta. Não compromete a autonomia do orçamento da seguridade social (CF, art. 165, § 5º, III) a atribuição, à Secretaria da Receita Federal de administração e fiscalização da contribuição em causa. Inconstitucionalidade apenas do efeito retroativo imprimido à vigência da contribuição pela parte final do art. 18 da Lei nº 8.715-98. (ADI 1417, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/1999, DJ 23-03-2001 PP-00085 EMENT VOL-02024-02 PP-00282)

³³⁵ Nesse sentido ainda José Levi Mello do Amaral Júnior: “Com efeito, os vícios próprios e peculiares à medida provisória não se transmitem a uma eventual e subsequente lei de conversão. Isso porque a lei de conversão é ato legislativo formal com autonomia relativamente à medida provisória (...) Assim, os vícios próprios e peculiares à medida provisória maculam apenas e tão-somente essa. Se acaso declarada a inconstitucionalidade de um vício próprio e peculiar à medida provisória (que já tenha sido convertida em lei), a consequência será a nulificação das normas que tiveram vigência provisória por força da decretação de urgência, sem prejuízo da lei de conversão”. AMARAL JUNIOR, 2004, p. 288.

afirmar que a lei de conversão não invalida os vícios contidos na medida provisória³³⁶. Essa nova orientação faz com que a lei de conversão tenha a mesma sorte da medida provisória num eventual conflito com outra norma superior do ordenamento jurídico, pois uma vez que a medida provisória seja considerada inválida, tal efeito “contamina” a lei de conversão, tendo em vista a impossibilidade de convalidação dos vícios.

Em relação ao confronto da súmula vinculante com a medida provisória, considerando que se afirmou que esta possui força de lei, poder-se-ia afirmar cair na armadilha de dizer que a solução seria a mesma utilizada para o tempo relativo da súmula vinculante diante da lei. Isso, porém, não ocorre, pois a medida provisória apresenta dois requisitos fundamentais para a sua validade, relevância e urgência, que não são exigidas para a edição lei.

Com relação à relevância, não há dúvidas de que esse elemento sempre estará presente numa medida provisória que entre tenha uma redação contrária a de uma súmula vinculante, afinal, os enunciados vinculantes do Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 103-A da Constituição, sempre tratarão de matéria constitucional, o que inviabiliza qualquer questionamento acerca da relevância da matéria.

³³⁶ EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 405, DE 18.12.2007. ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. I. MEDIDA PROVISÓRIA E SUA CONVERSÃO EM LEI. Conversão da medida provisória na Lei nº 11.658/2008, sem alteração substancial. Aditamento ao pedido inicial. Inexistência de obstáculo processual ao prosseguimento do julgamento. A lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória. Precedentes. II. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. III. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS PARA ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. Interpretação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea "d", da Constituição. Além dos requisitos de relevância e urgência (art. 62), a Constituição exige que a abertura do crédito extraordinário seja feita apenas para atender a despesas imprevisíveis e urgentes. Ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos de relevância e urgência (art. 62), que se submetem a uma ampla margem de discricionariedade por parte do Presidente da República, os requisitos de imprevisibilidade e urgência (art. 167, § 3º) recebem densificação normativa da Constituição. Os conteúdos semânticos das expressões "guerra", "comoção interna" e "calamidade pública" constituem vetores para a interpretação/aplicação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea "d", da Constituição. "Guerra", "comoção interna" e "calamidade pública" são conceitos que representam realidades ou situações fáticas de extrema gravidade e de conseqüências imprevisíveis para a ordem pública e a paz social, e que dessa forma requerem, com a devida urgência, a adoção de medidas singulares e extraordinárias. A leitura atenta e a análise interpretativa do texto e da exposição de motivos da MP nº 405/2007 demonstram que os créditos abertos são destinados a prover despesas correntes, que não estão qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência. A edição da MP nº 405/2007 configurou um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários. IV. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. Suspensão da vigência da Lei nº 11.658/2008, desde a sua publicação, ocorrida em 22 de abril de 2008. (ADI 4048 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008 EMENT VOL-02329-01 PP-00055 RTJ VOL-00206-01 PP-00232)

Quanto à urgência, o entendimento a ser adotado é diverso. Para chegar a essa conclusão basta lembrar que a súmula vinculante decorre de reiteradas decisões sobre um assunto, representando a jurisprudência pacificada da Suprema Corte acerca de uma questão que provocava grave divergência no âmbito do Judiciário. Até que se chegue à formação de tais enunciados (passagem do concreto para o abstrato) é preciso uma maturação daquele caminho a ser seguido. Já a medida provisória é um ato de urgência, de caráter excepcional e transitório, que o Executivo toma para agilizar a regulamentação de uma situação que poderia demorar a ser resolvida pelo Congresso Nacional. Nesse cenário, uma jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, ainda mais quando consubstanciada em uma súmula vinculante, é algo muito importante não podendo ser desafiada por uma medida provisória, que possui uma natureza excepcional, com diversas limitações, não tendo sequer um caráter definitivo.

Portanto, não há como visualizar a satisfação do requisito da urgência e levando-se em conta a própria finalidade para a qual a medida provisória foi feita (servir como um expediente de urgência), a súmula vinculante, que visa à estabilidade do sistema, sempre deve prevalecer diante de uma medida provisória com redação contrária ao enunciado sumular.

5.3.6 Súmula vinculante x Decreto

Os decretos possuem um caráter geral e abstrato e estão num patamar inferior ao das leis, isto é, o fundamento de validade dos decretos são as leis. Assim, a função básica deles é especificar o conteúdo das leis. Celso Antônio Bandeira de Mello define o decreto como

ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias **à execução da lei** cuja aplicação demande atuação da Administração Pública³³⁷.

Nesse cenário, os decretos possuem uma função regulamentadora, ou seja, não é permitido que o decreto inove o ordenamento jurídico com a criação de prescrições não ditadas na lei. Dessa forma, esses instrumentos normativos possuem uma função apenas de especificação, detalhamento, enfim, operacionalização da lei, não podendo criar qualquer obrigação que já não pudesse ser identificados na lei regulamentada³³⁸.

³³⁷ BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 339.

O decreto não gera uma inovação, mas também não pode ter a sua força normativa questionada, visto que, com a sua introdução (feita por meio de um ato de promulgação de uma autoridade competente) o ordenamento jurídico passa a ter um novo elemento que delimita a legislação em determinado sentido, devendo tal preceito (quando não estiver em confronto com outras normas superiores do sistema) ser obrigatoriamente seguido. Registre-se, então, que há semelhanças entre os dois diplomas normativos, como o incremento do ordenamento com a criação de um novo sistema jurídico sem, contudo, criar algo que já não poderia ser deduzido da lei. Assim, há uma verdadeira positivação de algumas possibilidades que a lei³³⁹ apresenta, a fim de operacionalizar a aplicação do Direito.

Apesar disso, há diferenças evidentes entre eles, como o responsável pela edição, num caso só o STF pode realizar, enquanto o decreto é produzido pelo Chefe do Poder Executivo. Além da tipologia normativa diferenciada, tendo em vista que a súmula vinculante é interpretativa, enquanto o decreto é uma norma que chamaremos de complementar. Com essa denominação queremos definir um tipo normativo que busca dar aplicabilidade (executividade) a outra norma, devendo respeitar os limites normativos definidos naquele quadro. Podemos citar como exemplo a Lei 7000/2001 do Espírito Santo que regulamenta o ICMS e em seu artigo 75, §3º, XVII, obriga os contribuintes do imposto a emitir documento fiscal. Em tal diploma normativo, porém, não se especifica o que são documentos fiscais, quais são os requisitos que eles devem possuir, de que forma eles devem ser emitidos, por quanto tempo devem ser guardados e etc. Essa tarefa cabe ao decreto regulamentador (Decreto 1090-R/2002), que traz essas especificações relativas ao assunto, devendo, contudo, limitar-se àquele assunto para o qual foi criado, respeitando a lei que lhe serviu de fundamento de validade. Dessa maneira, não poderia um decreto que regulamenta o ICMS exigir o pagamento de Imposto de Renda.

Dito isso, já é hora de analisar o confronto entre súmula vinculante e decreto. Não há dúvidas de que sendo a súmula vinculante posterior ao decreto ela deve prevalecer, já que o Supremo Tribunal Federal, para produzir os enunciados sumulares, realiza uma leitura constitucional

³³⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello é conclusivo a respeito: “ao regulamento desassiste incluir no sistema positivo qualquer regra geradora de direito ou obrigações *novos*. Nem favor nem restrição que já não se contenham previamente na lei regulamentada podem ser agregados pelo regulamento. Há inovação proibida sempre que impossível afirmar-se que *aquele específico* direito, dever, obrigação, limitação ou restrição já estavam estatuídos e identificados na lei regulamentada. Ou reversamente: há inovação proibida quando se possa afirmar que *aquele específico* direito, dever, obrigação, limitação ou restrição incidentes sobre alguém não estavam já estatuídos e *identificados* na lei regulamentada. A identificação não necessita ser absoluta, mas deve ser suficiente para que se reconheçam as *condições básicas de sua existência em vista de seus pressupostos, estabelecidos na lei e nas finalidades que ela protege*”. *ibid.* p. 351 .

³³⁹ O termo lei pode ser encaixado perfeitamente no caso do decreto, pois esse visa, de fato, à regulamentação de uma lei. Entretanto, no caso da súmula vinculante, que trata de matéria constitucional, não podendo ser estritamente infraconstitucional, deve-se entender tal expressão num sentido mais amplo, englobando também outros tipos normativos, especialmente as normas constitucionais.

que leva em consideração todo o sistema jurídico vigente, inclusive o decreto. É importante lembrar que a súmula vinculante é uma norma de caráter interpretativo e, por isso, está sempre baseada em outra norma do sistema e tendo em vista que ela regula matéria constitucional, pode-se dizer que esses enunciados estão sempre apoiados em alguma norma constitucional, explícita ou não. Sendo assim, quando o STF edita uma súmula vinculante contrária a um decreto, na verdade ele está apenas dando caráter obrigatório a uma jurisprudência pacífica de que aquele decreto não poderia valer, pois contrariava alguma norma superior do sistema, na qual a súmula se baseou. Com a criação da súmula essa incompatibilidade torna-se explícita e o juiz precisa obrigatoriamente desconsiderar o comando do decreto e prestigiar a súmula vinculante em suas decisões.

A solução não é diversa no caso de decreto editado posteriormente à súmula vinculante. Isso ocorre pela seguinte razão: a súmula vinculante é resultado de uma leitura que o STF faz sobre determinado sistema jurídico, definindo qual a melhor interpretação a ser utilizada, definindo, por exemplo, que a dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no § 7º do artigo 14 da Constituição Federal (súmula vinculante 18). Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal diante de um sistema (S1) edita um enunciado que deve obrigatoriamente ser observado e, com isso incrementa o ordenamento jurídico, criando outro sistema (S2). Tal súmula tem como fundamento de validade a Constituição.

O decreto, por sua vez, tendo essa função de garantir operacionalidade à lei, fundamenta a sua validade no diploma legal, não podendo exorbitar esses limites dados pelo legislador. Assim, levando-se em conta que o fundamento de validade do decreto é a lei e o da súmula vinculante é a Constituição e o, conclui-se que esta sempre prevalecerá.

5.3.7 Súmula vinculante x atos administrativos em geral

A súmula vinculante sempre deve prevalecer quando houver confronto com os atos administrativos em geral (portarias, resoluções, despachos, autorizações, regimentos internos, circulares e etc.). Isso ocorre porque o fundamento de validade da súmula vinculante é a Constituição, enquanto tais atos têm como base, normalmente, um decreto ou, no máximo, uma lei. Logo, a súmula vinculante é uma norma superior e não pode ser desafiada por esses comandos. O constituinte derivado, ao elaborar a Emenda Constitucional 45, deixou esse

direcionamento bem claro quando afirmou expressamente que a Administração Pública está vinculada aos comandos da súmula vinculante. Diante disso, não há o que se discutir, apenas defender que a súmula vinculante deve prevalecer.

5.3.8 A hierarquia normativa da Súmula vinculante

Analizando o tempo relativo da súmula vinculante diante de outros diplomas normativos, surge uma questão fundamental: qual é a hierarquia normativa da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro?

De acordo com o que foi estudado, o Supremo Tribunal Federal, com base no artigo 103-A da Constituição pode de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento. Sendo assim, o fundamento de validade da súmula vinculante é a Constituição.

Com isso, qualquer ato normativo cujo fundamento de validade seja uma norma inferior do ordenamento jurídico sempre deverá ceder quando contradisser um mandamento presente numa súmula vinculante. Dessa forma, o decreto (que tem a lei como fundamento de validade) e os atos administrativos em geral estão abaixo da súmula vinculante e devem respeitar à sua autoridade.

Entretanto, quando houver contradição entre súmula vinculante e outro diploma normativo que retire o seu fundamento de validade da Constituição (como no caso das leis), a solução para o problema, de acordo com o artigo 5º da Lei 11417/06 (Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso), é a utilização do critério cronológico³⁴⁰ e hierárquico, conforme observamos quando analisamos a questão da súmula vinculante e a lei.

³⁴⁰ Logicamente que cada norma deve ser analisada de acordo com a sua peculiaridade. Por isso, mesmo que a medida provisória retire o seu fundamento de validade da Constituição, não é possível que ela prevaleça em relação à súmula vinculante, pois, conforme visto neste capítulo, não há como visualizar a satisfação do requisito da urgência de uma medida provisória contrária a um enunciado de súmula vinculante.

Esse caminho deve ser seguido mesmo no caso de normas com força supra-legal, como os tratados que versam sobre direitos humanos, pois eles também retiram o seu fundamento de validade da Constituição, e, mesmo estando num patamar superior ao das leis, continuam sujeitos à leitura constitucional, que pode ser exteriorizada por meio de enunciados de súmula vinculante, realizada pela Suprema Corte.

Portanto, a posição assumida na presente dissertação, é a seguinte: a súmula vinculante extrai seu fundamento de validade diretamente da Constituição Federal, nos termos do artigo 103-A, de modo que possui força normativa superior às normas infra-legais. Já quando o confronto ocorrer entre súmula vinculante e normas de caráter legal ou superior devem ser observados os critérios cronológico e hierárquico, ou seja, a norma posterior prevalece sobre a norma anterior³⁴¹, desde que a norma posterior seja válida diante do princípio constitucional que serviu de fundamento de validade para a súmula vinculante.

³⁴¹ Mais importante do que uma definição fechada de qual deve ser a posição hierárquica da súmula vinculante, é entender como ela deve ser aplicada quando estiver em confronto com outros diplomas normativos. Aliás, é a partir dessa comparação que se define força normativa de qualquer norma presente no ordenamento jurídico. Dessa forma, ainda que não seja possível identificar a priori, de plano, em qual degrau da pirâmide normativa (o termo foi utilizado apenas para se visualizar a organização hierárquica de normas supra-infra-ordenadas, embora mantenham-se as observações acerca da organização do ordenamento jurídico com várias normas em seu topo) está a súmula vinculante, isso não impede que seja feita uma análise da sua força normativa perante outras normas do ordenamento. Portanto, o principal objetivo da presente dissertação não é estabelecer a força normativa da súmula vinculante num contexto abstrato, mas num plano concreto, ou seja, o que se pretende é fornecer subsídios para que os operadores do Direito possam tomar a melhor decisão no caso de um conflito entre súmula vinculante e outros diplomas normativos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação buscou estudar a força normativa da súmula vinculante no processo decisório do juiz. Para isso, esclarecemos que a norma jurídica não pode ser encarada isoladamente, mas como parte de um ordenamento jurídico organizado hierarquicamente.

Dessa maneira, a norma jurídica não pode ser encarada a partir de uma visão unidimensional, isto é, ela não se limita apenas às regras de conduta, tendo a sua juridicidade proveniente não da sanção, mas do fato de pertencer ao ordenamento jurídico. Isso faz com que existam vários tipos diferentes de norma, mudando-se o foco da norma para o ordenamento.

Nesse cenário, a súmula vinculante representa uma norma abstrata de caráter interpretativo, criando uma nova obrigação que deve ser obedecida pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela Administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Buscando garantir maior segurança jurídica, celeridade processual e o desafogamento dos Tribunais Superiores, tal instituto alterou profundamente o Direito brasileiro, provocando muita desconfiança em parte da doutrina que passou a questionar a sua constitucionalidade, pois, entre outros motivos, haveria uma violação à independência do magistrado, que perderia a sua capacidade de interpretação e passaria a proferir decisões automatizadas. Essas alegações, contudo, são fundadas num raciocínio demasiadamente simples, equiparando a atividade judicial a um silogismo clássico, não levando em consideração a complexidade desse processo decisório. Quando analisamos mais profundamente o assunto, percebemos que a súmula vinculante é apenas mais uma norma do sistema jurídico e, embora possua uma grande força normativa, não deve ser encarada isoladamente, nem de forma absoluta. Isso sem contar que o juiz ainda continua com a complicada missão de identificar a compatibilidade entre o fato e a súmula vinculante. Então, o processo decisório de aplicação da súmula vinculante não é substancialmente diferente do utilizado para as outras normas do sistema, até por que a súmula vinculante é só mais uma norma, necessitando de um complexo trabalho interpretativo prévio, que ainda se agrava com a necessidade de se identificar a *ratio decidendi* dos casos paradigmas que originaram os enunciados vinculantes. Assim, a súmula vinculante, longe de tornar automático o trabalho do intérprete, na verdade, torna-o ainda mais complexo, pois é mais uma norma, com características bastante peculiares, que deve ser levada em conta antes de se tomar uma decisão.

Sendo a súmula vinculante apenas mais uma norma do sistema, ela não deve ser aplicada quando desrespeitar as normas superiores, que garantem o seu fundamento de validade, pois toda a norma produzida possui implícita a cláusula de que deve respeitar as normas superiores do ordenamento jurídico, sob pena de não ser permitida a sua aplicação pela autoridade competente.

No que diz respeito aos dispositivos que regulamentaram o assunto (artigo 103-A da Constituição e Lei 11417/2006), pode-se observar a inserção alguns mecanismos importantes como a possibilidade de participação do *amicus curiae*, garantindo maior legitimidade ao processo de criação da súmula vinculante e a necessidade de esgotamento das vias administrativas para o uso de reclamação, fundamental para evitar um excesso de reclamações que chegariam diretamente ao Supremo Tribunal Federal, podendo inviabilizar os seus trabalhos. Ademais, foi prudente o legislador ao não estabelecer nenhum tipo de responsabilização pessoal ao magistrado que descumprir a súmula vinculante, criando um crime de hermenêutica que certamente teria a sua constitucionalidade questionada. Apesar disso, o estabelecimento da modulação dos efeitos, embora seja importante para o controle de constitucionalidade, é algo que não parece adequado para ser aplicado no caso da súmula vinculante, além do que o legislador poderia ter exigido também da autoridade judiciária, não só da administrativa, a dupla fundamentação no caso da súmula vinculante, pois isso geraria um ônus argumentativo maior e, conseqüentemente, um maior enfrentamento da matéria. Assim, no geral, pode-se dizer que a regulamentação dos dispositivos que tratam da súmula vinculante é muito boa, embora ainda seja possível evoluir no tratamento do assunto.

Por fim, com relação à força normativa da súmula vinculante, a conclusão a que chegamos é que a súmula vinculante extrai seu fundamento de validade diretamente da Constituição Federal, nos termos do artigo 103-A, de modo que possui força normativa superior às normas infra-legais. Já quando o confronto ocorrer entre súmula vinculante e normas de caráter legal ou superior devem ser observados os critérios cronológico e hierárquico, ou seja, a norma

posterior prevalece sobre a norma anterior³⁴², desde que a norma posterior seja válida diante do princípio constitucional que serviu de fundamento de validade para a súmula vinculante.

REFERÊNCIAS

AGUILÓ, Josep. **Sobre la derogación: ensayo de dinámica jurídica**. 2ed. México: Fontamara, 1995.

ALCHOURRÓN, Carlos e BULYGIN, Eugenio. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. Buenos Aires: Astrea, 2002.

_____. **La concepción expresiva de las normas en Análisis Lógico y Derecho**, C.E.C., Madrid, 1991.

_____. **Norma jurídica**. In.: VALDÉS, Ernesto Garzón y LAPORTA, Francisco J. (comps.). **El derecho y la justicia**. 2ed. Madrid: Trotta, 2000.

_____. **Sobre la existencia de las normas jurídicas**. 1ª. ed. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 1997.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Do cabimento de reclamação pelo descumprimento de súmula vinculante à luz da Lei n. 11417/2006**, in Revista Forense, vol. 394 (novembro-dezembro de 2007). Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. **Medida provisória e sua conversão em Lei: a emenda constitucional n. 32 e o papel do Congresso Nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ANDRADE Fábio Martins de. **Comentários sobre a regulamentação da súmula com efeito vinculante: EC nº 45/2004 e Lei nº 11.417, de 19.12.2006**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF, v. 44, n. 174, p. 49-72, abr./jun. 2007.

³⁴² Mais importante do que uma definição fechada de qual deve ser a posição hierárquica da súmula vinculante, é entender como ela deve ser aplicada quando estiver em confronto com outros diplomas normativos. Aliás, é a partir dessa comparação que se define força normativa de qualquer norma presente no ordenamento jurídico. Dessa forma, ainda que não seja possível identificar a priori, de plano, em qual degrau da pirâmide normativa (o termo foi utilizado apenas para se visualizar a organização hierárquica de normas supra-infra-ordenadas, embora mantenham-se as observações acerca da organização do ordenamento jurídico com várias normas em seu topo) está a súmula vinculante, isso não impede que seja feita uma análise da sua força normativa perante outras normas do ordenamento. Portanto, o principal objetivo da presente dissertação não é estabelecer a força normativa da súmula vinculante num contexto abstrato, mas num plano concreto, ou seja, o que se pretende é fornecer subsídios para que os operadores do Direito possam tomar a melhor decisão no caso de um conflito entre súmula vinculante e outros diplomas normativos.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica**. 3 ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006.

AUSTIN, John. **Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law**. 5 ed. revised and edited by Robert Campbell. vol. 1. London: John Murray Albemarle Street, 1911.

ÁVILA, Humberto. **Teoria geral dos princípios– da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. **A dimensão do *Amicus Curiae* no Processo Constitucional Brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, janeiro, 2004. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em 12 de dezembro de 2010.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6 ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em 12 de novembro de 2010.

BULYGIN, Eugênio. **Creación y aplicación del derecho in Sobre las lagunas. in Lagunas en el Derecho**. España: Marcial Pons, 2005.

_____. **El concepto de Eficacia. in Kelsen, Hans; Bulygin, Eugenio; Walter, Robert. Validez y eficacia del derecho**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005b.

_____. **Los jueces .crean derecho?. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**. n.o 18, 2003.

_____. **Josep Aguiló regla sobre definiciones, derogación y normas derivadas**. p. 207 in MORESO, José Juan y REDONDO, Cristina. **Un Dialogo con la Teoría del Derecho de Eugenio Bulygin**. Espanha: Marcial Pons, 2007.

BULYGIN, Eugenio y MENDONCA, Daniel. **Normas y sistemas normativos**. Madrid: Marcial Pons, 2005.

CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, 3ª edição, trad. Antonio Menezes Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. - Coimbra : Almedina, 1995.

CARACCILO, Ricardo. **El sistema jurídico. Problemas actuales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988.

CARIBÉ, Karla Virgínia Bezerra. **A súmula vinculante no direito brasileiro: uma incoerência do sistema jurídico**. Disponível em: http://www.escola.agu.gov.br/revista/2008/Ano_VIII_agosto_2008/sumula%20vinculante_Karla%20virginia.pdf. Acesso em 10 de dezembro de 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 1988.

CASTELLANOS, Angel Rafael Mariño. **Norma Jurídica**. Artigo inédito apresentado na disciplina Teoria da Norma Jurídica do Programa de pós-graduação *strictu sensu* em processo civil da Universidade Federal do Espírito Santo, 2010

_____. **O STF e seus poderes**. Disponível em: <http://ordemepoder.blogspot.com/2010/11/ordem-e-poder-2-o-stf-e-seus-poderes.html>. Acesso em 15 de dezembro de 2010.

CASTELLANOS, Angel Rafael Mariño e FACHETTI, Gilberto. **O poder decisório das Autoridades judiciais e a produção normativa- Parte 1**. Disponível em: <http://ordemepoder.blogspot.com/>. Acesso em 20 de dezembro de 2010.

_____. **RECONSTRUÇÃO DO PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: INTERFACES DA SÚMULA VINCULANTE E DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL** in Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília, 2008.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Súmula vinculante é retrocesso**. Disponível em: http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2004/75/. Acesso em 18 de março de 2010.

DAIDONE, Décio Sebastião. **A súmula vinculante e impeditiva**. São Paulo: LTr, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DEMO, Roberto Luis Luchi. **O resgate da súmula pelo Supremo Tribunal Federal**. Revista CEJ. Brasília, DF, n. 24, ano 8.

DIAS, Marcus Gil Barbosa. **Controle de constitucionalidade e política judiciária: evolução histórica das súmulas no Supremo Tribunal Federal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1276, 29 dez. 2006. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/9268>. Acesso em: 23 fev. 2011.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado: parte geral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA, Letícia Fazuoli, MOURA, Fernando Galvão. **Sumulas vinculantes e o princípio do livre convencimento do juiz: evidente inconstitucionalidade**. Disponível em: http://revistajuridica.fafibe.br/.../sumulas_vinculantes_e_o_principio_do_livre_con.pdf Acesso em: 02 jan. 2010.

GOMES, Luis Flávio. **Súmula vinculante**. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=390. Acesso em 25 de julho de 2010.

HART, H. L. A., (Herbert Lionel Adolphus). **O conceito de direito**. 3 ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

IURK, Cassiano Luiz. **Coisa julgada e súmula vinculante**. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. (trad. João Baptista Machado). São Paulo: Martins Fontes, 1998b.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed. (trad. Luis Carlos Borges). São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRONENBERG, Rodolfo Hartmann. **A súmula vinculante e a Lei 11417/06**. in Revista da EMERJ, v. 10, n. 39. Rio de Janeiro: EMERJ, 2007.

LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **Reflexões sobre as súmulas vinculantes** in TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Método, 2005.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 4 ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. trad. Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOBO, Arthur Mendes. **Breves comentários sobre a regulamentação da súmula vinculante**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, n. 45, jan./fev. 2007.

MACCORMIC, Neil. **H.L.A Hart**. Trad. Cláudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATTOS, Luiz Norton Baptista de. **“Súmula” vinculante: análise das principais questões jurídicas no contexto da reforma do poder judiciário e do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. rev. e atual. até a emenda constitucional 57, de 5.7.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Perfil Constitucional das Medidas Provisórias**. RDP, n. 95, 1990.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MENDONÇA, Daniel. **Exploraciones normativas: hacia una teoria general de las normas**. 2ed. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2001.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Trad. Pedro Vieira Mota. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORATO, Leonardo L. **Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante**. São Paulo: RT, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: a arts. 476 a 565**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Súmula, Jurisprudência, Precedente: uma Escalada e seus Riscos**. *in*: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, RS, ano 6, n. 35, p. 5-16, Mai-Jun 2005.

_____. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1977.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006.

_____. **“Função das súmulas e critérios para aferir sua validade, vigência e aplicabilidade”**. **Interpretação e Estado de Direito**. Coord. Eurico Marcos Diniz de Santi. São Paulo: Noeses, 2006.

_____. **Revogação em matéria tributária**. São Paulo: Noeses, 2005.

NAVARRO, Pablo **Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**. Nº 12, abril 2000.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Súmula vinculante: Heroína ou vilã?** in MAZZEI, Rodrigo; SILVA, Bruno Freire (orgs.). Reforma do Judiciário: Análise Interdisciplinar e Estrutural do primeiro ano de vigência. Curitiba: Juruá, 2006.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **Súmula vinculante: o desafio da sua implementação.** São Paulo: MP Ed. 2008.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica.** Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PIOVESAN, Flávia. **A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos.** EOS Revista Jurídica da Faculdade da Direito – v2 – n.I – ano II ISSN 1980-7430.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil: teoria geral: premissas e institutos fundamentais/ relação jurídica : procedimentos em 1. e 2. graus : recursos : execução : tutela de urgência.** 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: R. dos Tribunais, 2010.

RUIZ MANERO, Juan. **Jurisdiccion y normas: dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del derecho.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

SANTOS, Gevany Manoel dos. **Súmula vinculante e reclamação.** São Paulo: LTr, 2008.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em 12 de setembro de 2010.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Sistema del derecho romano actual – Tomo I/** por F. C. de Savigny ; Trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley ; Prólogo de Manuel Durán y Bas. 2 ed. Madrid : Centro Editorial de Góngora, [1880?], p. 150. Disponível em: http://fama2.us.es/fde/ocr/2009/sistema_Del_Derecho_Romano_Actual_Savigny_T1.pdf. Acesso em 12 de fevereiro de 2010.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais.** São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Antônio Álvares da. **As súmulas de efeito vinculante e a completude do ordenamento jurídico.** São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, Bruno Mattos e. **A súmula vinculante para a Administração Pública aprovada pela Reforma do Judiciário**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 541, 30 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6101>>. Acesso em 11 de junho de 2010.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Anchieta da. **Súmula vinculante de efeito amplo no direito brasileiro: um problema e não uma solução**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Breve história do controle de constitucionalidade**. Disponível em: http://www.nagib.net/artigos_texto.asp?tipo=2&area=1&id=40 Acesso em 14 de novembro de 2010.

SOIBELMAN, Félix. Súmula vinculante na Emenda Constitucional nº 45/2004 . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 618, 18 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6392>>. Acesso em: 08 dez. 2009.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 1. ed. Curitiba Juruá, 2006.

SORMANI, Alexandre e SANTANDER, Nelson Luis. **Súmula Vinculante - Um Estudo à luz da Emenda Constitucional 45**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Sumulas no direito brasileiro : eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2. ed. rev. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Efeito vinculante: desmi(s)tificações necessárias acerca dos projetos de reforma do Judiciário**. Disponível em http://www.femargs.com.br/revista01_streck.html. Acesso em 11 de fevereiro de 2011.

TAVARES, André Ramos. **Nova lei de súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11417 de 19.12.2006**. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

TROPER, Michel. **El Poder Judicial y la Democracia**. Trad. Rolando Tamayo Disponível: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/0148252978905592_8540035/isonomia18/isonomia18_03.pdf> Acesso em 07 de fevereiro de 2011.

TEIXEIRA, José Elaeres Marques. **A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal – STF**. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2004.

TEIXEIRA, Odelmir Bilhalva. **Súmula vinculante: perigo ou solução**. Campinas: Russell Editores, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Alguns reflexos da Emenda Constitucional n. 45, de 08.12.2004, sobre o processo civil**. Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, ano 4, n. 12, jan./mar. 2006.

_____. **Repercussão geral no recurso extraordinário (lei nº 11.418) e súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (lei nº 11.417)**. Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil, Porto Alegre, ano VIII, nº 48, jul.-ago 2007.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o Sistema de Direito Positivo**. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Súmula vinculante: desastre ou solução?**. Revista de Processo, São Paulo, v. 25, n. 98, p. 295-306, 2000.

ZAINAGHI, Maria Cristina. **A súmula vinculante e a questão da interpretação**. in Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência. Bruno Freire e Silva e Rodrigo Mazzei (coords.). Curitiba: Juruá, 2006.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.2007.

ANEXO A – ARTIGO 103 –A DA CONSTITUIÇÃO

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

ANEXO B – LEI 11417/2006

Art. 1º Esta Lei disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal e dá outras providências.

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

§ 2º O Procurador-Geral da República, nas propostas que não houver formulado, manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

§ 3º A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.

§ 4º No prazo de 10 (dez) dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o enunciado respectivo.

Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III – a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV – o Procurador-Geral da República;

V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI - o Defensor Público-Geral da União;

VII – partido político com representação no Congresso Nacional;

VIII – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;

IX – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

§ 1º O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo.

§ 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

Art. 5º Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso.

Art. 6º A proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão.

Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

§ 1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.

§ 2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

Art. 8º O art. 56 da Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescido do seguinte § 3º:

“Art. 56.

.....

§ 3º Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.” (NR)

Art. 9º A Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 64-A e 64-B:

“Art. 64-A. Se o recorrente alegar violação de enunciado da súmula vinculante, o órgão competente para decidir o recurso explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.”

“Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.”

Art. 10. O procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante obedecerá, subsidiariamente, ao disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Art. 11. Esta Lei entra em vigor 3 (três) meses após a sua publicação.

ANEXO C - SÚMULAS VINCULANTES JÁ EDITADAS

SÚMULA VINCULANTE Nº 1

OFENDE A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ATO JURÍDICO PERFEITO A DECISÃO QUE, SEM PONDERAR AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO, DESCONSIDERA A VALIDEZ E A EFICÁCIA DE ACORDO CONSTANTE DE TERMO DE ADESÃO INSTITUÍDO PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 110/2001.

SÚMULA VINCULANTE Nº 2

É INCONSTITUCIONAL A LEI OU ATO NORMATIVO ESTADUAL OU DISTRITAL QUE DISPONHA SOBRE SISTEMAS DE CONSÓRCIOS E SORTEIOS, INCLUSIVE BINGOS E LOTERIAS.

SÚMULA VINCULANTE Nº 3

NOS PROCESSOS PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO ASSEGURAM-SE O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA QUANDO DA DECISÃO PUDE RESULTAR ANULAÇÃO OU REVOGAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO QUE BENEFICIE O INTERESSADO, EXCETUADA A APRECIÇÃO DA LEGALIDADE DO ATO DE CONCESSÃO INICIAL DE APOSENTADORIA, REFORMA E PENSÃO.

SÚMULA VINCULANTE Nº 4

SALVO NOS CASOS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO, O SALÁRIO MÍNIMO NÃO PODE SER USADO COMO INDEXADOR DE BASE DE CÁLCULO DE VANTAGEM DE SERVIDOR PÚBLICO OU DE EMPREGADO, NEM SER SUBSTITUÍDO POR DECISÃO JUDICIAL.

SÚMULA VINCULANTE Nº 5

A FALTA DE DEFESA TÉCNICA POR ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NÃO OFENDE A CONSTITUIÇÃO.

SÚMULA VINCULANTE Nº 6

NÃO VIOLA A CONSTITUIÇÃO O ESTABELECIMENTO DE REMUNERAÇÃO INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO PARA AS PRAÇAS PRESTADORAS DE SERVIÇO MILITAR INICIAL.

SÚMULA VINCULANTE Nº 7

A NORMA DO §3º DO ARTIGO 192 DA CONSTITUIÇÃO, REVOGADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 40/2003, QUE LIMITAVA A TAXA DE JUROS REAIS A 12% AO ANO, TINHA SUA APLICAÇÃO CONDICIONADA À EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR.

SÚMULA VINCULANTE Nº 8

SÃO INCONSTITUCIONAIS O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 5º DO DECRETO-LEI Nº 1.569/1977 E OS ARTIGOS 45 E 46 DA LEI Nº 8.212/1991, QUE TRATAM DE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

SÚMULA VINCULANTE Nº 9

O DISPOSTO NO ARTIGO 127 DA LEI Nº 7.210/1984 (LEI DE EXECUÇÃO PENAL) FOI RECEBIDO PELA ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE, E NÃO SE LHE APLICA O LIMITE TEMPORAL PREVISTO NO CAPUT DO ARTIGO 58.

SÚMULA VINCULANTE Nº 10

VIOLA A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ARTIGO 97) A DECISÃO DE ÓRGÃO FRACIONÁRIO DE TRIBUNAL QUE, EMBORA NÃO DECLARE EXPRESSAMENTE A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO DO PODER PÚBLICO, AFASTA SUA INCIDÊNCIA, NO TODO OU EM PARTE.

SÚMULA VINCULANTE Nº 11

SÓ É LÍCITO O USO DE ALGEMAS EM CASOS DE RESISTÊNCIA E DE FUNDADO RECEIO DE FUGA OU DE PERIGO À INTEGRIDADE FÍSICA PRÓPRIA OU ALHEIA, POR PARTE DO PRESO OU DE TERCEIROS, JUSTIFICADA A EXCEPCIONALIDADE POR ESCRITO, SOB PENA DE RESPONSABILIDADE DISCIPLINAR, CIVIL E PENAL DO AGENTE OU DA AUTORIDADE E DE NULIDADE DA PRISÃO OU DO ATO PROCESSUAL A QUE SE REFERE, SEM PREJUÍZO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.

SÚMULA VINCULANTE Nº 12

A COBRANÇA DE TAXA DE MATRÍCULA NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS VIOLA O DISPOSTO NO ART. 206, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

SÚMULA VINCULANTE Nº 13

A NOMEAÇÃO DE CÔNJUGE, COMPANHEIRO OU PARENTE EM LINHA RETA, COLATERAL OU POR AFINIDADE, ATÉ O TERCEIRO GRAU, INCLUSIVE, DA AUTORIDADE NOMEANTE OU DE SERVIDOR DA MESMA PESSOA JURÍDICA INVESTIDO EM CARGO DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO, PARA O EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO OU DE CONFIANÇA OU, AINDA, DE FUNÇÃO GRATIFICADA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA EM QUALQUER DOS PODERES DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS, COMPREENDIDO O AJUSTE MEDIANTE DESIGNAÇÕES RECÍPROCAS, VIOLA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

SÚMULA VINCULANTE Nº 14

É DIREITO DO DEFENSOR, NO INTERESSE DO REPRESENTADO, TER ACESSO AMPLO AOS ELEMENTOS DE PROVA QUE, JÁ DOCUMENTADOS EM PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO REALIZADO POR ÓRGÃO COM COMPETÊNCIA DE POLÍCIA JUDICIÁRIA, DIGAM RESPEITO AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA.

SÚMULA VINCULANTE Nº 15

O CÁLCULO DE GRATIFICAÇÕES E OUTRAS VANTAGENS DO SERVIDOR PÚBLICO NÃO INCIDE SOBRE O ABONO UTILIZADO PARA SE ATINGIR O SALÁRIO MÍNIMO.

SÚMULA VINCULANTE Nº 16

OS ARTIGOS 7º, IV, E 39, § 3º (REDAÇÃO DA EC 19/98), DA CONSTITUIÇÃO, REFEREM-SE AO TOTAL DA REMUNERAÇÃO PERCEBIDA PELO SERVIDOR PÚBLICO.

SÚMULA VINCULANTE Nº 17

DURANTE O PERÍODO PREVISTO NO PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO, NÃO INCIDEM JUROS DE MORA SOBRE OS PRECATÓRIOS QUE NELE SEJAM PAGOS.

SÚMULA VINCULANTE Nº 18

A DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE OU DO VÍNCULO CONJUGAL, NO CURSO DO MANDATO, NÃO AFASTA A INELEGIBILIDADE PREVISTA NO § 7º DO ARTIGO 14 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

SÚMULA VINCULANTE Nº 19

A TAXA COBRADA EXCLUSIVAMENTE EM RAZÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE COLETA, REMOÇÃO E TRATAMENTO OU DESTINAÇÃO DE LIXO OU RESÍDUOS PROVENIENTES DE IMÓVEIS, NÃO VIOLA O ARTIGO 145, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

SÚMULA VINCULANTE Nº 20

A GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE TÉCNICO-ADMINISTRATIVA – GDATA, INSTITUÍDA PELA LEI Nº 10.404/2002, DEVE SER DEFERIDA AOS INATIVOS NOS VALORES CORRESPONDENTES A 37,5 (TRINTA E SETE VÍRGULA CINCO) PONTOS NO PERÍODO DE FEVEREIRO A MAIO DE 2002 E, NOS TERMOS DO ARTIGO 5º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 10.404/2002, NO PERÍODO DE JUNHO DE 2002 ATÉ A CONCLUSÃO DOS EFEITOS DO ÚLTIMO CICLO DE AVALIAÇÃO A QUE SE REFERE O ARTIGO 1º DA MEDIDA PROVISÓRIA NO 198/2004, A PARTIR DA QUAL PASSA A SER DE 60 (SESSENTA) PONTOS.

SÚMULA VINCULANTE Nº 21

É INCONSTITUCIONAL A EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO OU ARROLAMENTO PRÉVIOS DE DINHEIRO OU BENS PARA ADMISSIBILIDADE DE RECURSO ADMINISTRATIVO.

SÚMULA VINCULANTE Nº 22

A JUSTIÇA DO TRABALHO É COMPETENTE PARA PROCESSAR E JULGAR AS AÇÕES DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO PROPOSTAS POR EMPREGADO CONTRA

EMPREGADOR, INCLUSIVE AQUELAS QUE AINDA NÃO POSSUÍAM SENTENÇA DE MÉRITO EM PRIMEIRO GRAU QUANDO DA PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04.

SÚMULA VINCULANTE Nº 23

A JUSTIÇA DO TRABALHO É COMPETENTE PARA PROCESSAR E JULGAR AÇÃO POSSESSÓRIA AJUIZADA EM DECORRÊNCIA DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS TRABALHADORES DA INICIATIVA PRIVADA.

SÚMULA VINCULANTE Nº 24

NÃO SE TIPIFICA CRIME MATERIAL CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, PREVISTO NO ART. 1º, INCISOS I A IV, DA LEI Nº 8.137/90, ANTES DO LANÇAMENTO DEFINITIVO DO TRIBUTO.

SÚMULA VINCULANTE Nº 25

É ILÍCITA A PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO INFIEL, QUALQUER QUE SEJA A MODALIDADE DO DEPÓSITO.

SÚMULA VINCULANTE Nº 26

PARA EFEITO DE PROGRESSÃO DE REGIME NO CUMPRIMENTO DE PENA POR CRIME HEDIONDO, OU EQUIPARADO, O JUÍZO DA EXECUÇÃO OBSERVARÁ A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º DA LEI N. 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990, SEM PREJUÍZO DE AVALIAR SE O CONDENADO PREENCHE, OU NÃO, OS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DO BENEFÍCIO, PODENDO DETERMINAR, PARA TAL FIM, DE MODO FUNDAMENTADO, A REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO.

SÚMULA VINCULANTE Nº 27

COMPETE À JUSTIÇA ESTADUAL JULGAR CAUSAS ENTRE CONSUMIDOR E CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE TELEFONIA, QUANDO A ANATEL NÃO SEJA LITISCONSORTE PASSIVA NECESSÁRIA, ASSISTENTE, NEM OPOENTE.

SÚMULA VINCULANTE Nº 28

É INCONSTITUCIONAL A EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DE AÇÃO JUDICIAL NA QUAL SE PRETENDA DISCUTIR A EXIGIBILIDADE DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

SÚMULA VINCULANTE Nº 29

É CONSTITUCIONAL A ADOÇÃO, NO CÁLCULO DO VALOR DE TAXA, DE UM OU MAIS ELEMENTOS DA BASE DE CÁLCULO PRÓPRIA DE DETERMINADO IMPOSTO, DESDE QUE NÃO HAJA INTEGRAL IDENTIDADE ENTRE UMA BASE E OUTRA.

SÚMULA VINCULANTE Nº 30 (SUSPENSA)

É INCONSTITUCIONAL LEI ESTADUAL QUE, A TÍTULO DE INCENTIVO FISCAL, RETÉM PARCELA DO ICMS PERTENCENTE AOS MUNICÍPIOS.

SÚMULA VINCULANTE Nº 31

É INCONSTITUCIONAL A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA – ISS SOBRE OPERAÇÕES DE LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS.

SÚMULA VINCULANTE Nº 32

O ICMS NÃO INCIDE SOBRE ALIENAÇÃO DE SALVADOS DE SINISTRO PELAS SEGURADORAS.